ÜBER

DEN TRÖDELVERTRAG

UND INSBESONDERE

SEIN VERHÄLTNIS

ZUR

VERKAUFSKOMMISSION.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT DER KÖNIGL. BAYRISCHEN
FRIEDRICH ALEXANDER-UNIVERSITÄT ERLANGEN

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

VORGELEGT

VON

EDUARD ARNOLD
GERICHTS-REFERENDAR.

WINTER-SEMESTER 1895/96.

BUCHDRUCKEREI VON RICHARD KÜHNE, OBERHAUSEN.

1896

ÜBER

DEN TRÖDELVERTRAG

UND INSBESONDERE

SEIN VERHÄLTNIS

ZUR

VERKAUFSKOMMISSION.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT DER KÖNIGL. BAYRISCHEN
FRIEDRICH ALEXANDER-UNIVERSITÄT ERLANGEN

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

VORGELEGT

VON

EDUARD ARNOLD
GERICHTS-REFERENDAR.

WINTER-SEMESTER 1895/96.

BUCHDRUCKEREI VON RICHARD KÜHNE, OBERHAUSEN.

Meinen lieben Eltern

in steter Dankbarkeit gewidmet.

Disposition.

Einleitung:

Der Trödelvertrag in der juristischen Litteratur ein streitiges Rechtsverhältnis.

Ausführung:

I. Gegenstand des Trödelvertrags.

II. Rechtsverhältnis zwischen Hingeber der Sache und Trödler.

A. Pflichten und Rechte der Kontrahenten.

I. Pflichten des Hingebers der Sache.

1. Hingabe der Sache.
   a) aestimatio.
   b) vendendum dare.
2. Waare im Verhältnis zum Taxwert.
3. Verpflichtung zur Zahlung der merces.
4. Gestattung der nötigen Zeit zum Verkaufe.
5. Ersatz der Auslagen.

II. Rechte des Hingebers der Sache.

1. Rückforderungsrecht.
2. Berechtigung zum Selbstverkauf.
3. Recht auf Verkaufsbemühung, falls merces ausbedungen.
4. Recht auf die aestimatio.
5. Recht auf Schadloshaltung.

III. Pflichten des Empfängers der Sache.

1. Alternative Verpflichtung.
2. Rechtzeitige Anzeigepflicht an den Hingeber falls Sache Fehler hat.
3. Restitutionspflicht nach Aufforderung des Hingebers.
4. Pflicht zur Verkaufsbemühung falls merces vereinbart.

IV. Rechte des Empfängers der Sache.
1. Verkauf in sein Belieben zu stellen.
2. Selbstkontrahierungsrecht.
3. Recht auf den Mehrerlös.
4. Recht auf die merces.
5. Rücktrittsrecht.
6. Retentionsrecht.

B. Speziell: Frage des Eigentumsübergangs und der Gefahrtragung.

C. Rechtliche Natur des Vertrages als Kontrakt.
Anhang betr. das buchhändlerische Kommissionsgeschäft.

III. Rechtsverhältnis zum dritten Kontrahenten.

IV. Verhältnis des Trödelvertrages zu anderen Verträgen.
A. Im Allgemeinen.
B. Insbesondere zum Mandat und zur Verkaufskommission.

I. Verwandtschaft zwischen beiden Verträgen.

Inbezug auf
1. Das Objekt.
2. Das Rechtsverhältnis der Kontrahenten untereinander und zum Dritten.
   a) Vorschuss.
   b) Eigentumsübergang.
   c) Gefahrtragung.
   d) Widerruf und Kündigung.
   e) Retentionsrecht.

II. Verschiedenheiten zwischen beiden Verträgen.

1. Umfang der Thätigkeit des Empfängers.
   a) Im Allgemeinen: beim Trödler in sein Belieben gestellt, während Verkaufskommissionär zum Verkauf verpflichtet und an Instruktionen gebunden ist.
   b) Im Besonderen: des Trödlers Obligation alternativ, die des Verkaufskommissionärs einfach.
   c) Selbstkontrahieren.
2. Trödler handelt im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Verkaufskommissionär zwar auch im eigenen Namen aber auf fremde Rechnung.

a) Trödler haftet nur in Höhe der aestimatio und darf Mehrerlös behalten, während Verkaufskommissionär den ganzen Gewinn abliefern und Rechnung legen muss.

b) Bedeutung der aestimatio bei beiden Verträgen.

c) Verhältnis der Kontrahenten zu einander und zum Dritten.

3) Der Trödler schuldet die ästimierte Summe schlechthin, der Verkaufskommissionär leistet nur, wenn er das Geld vom Käufer erhalten hat resp. del credere steht.

4. Trödler zieht seinen Gewinn aus dem Mehrerlös der Sache, wenn gleich daneben merces gebräuchlich ist.

Verkaufskommissionär zieht seinen Gewinn nur aus der Provision.

Schluss:

Stellungnahme des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich zum Trödelvertrage.

Der sog. Trödelvertrag hat die Bezeichnung contractus aestimatorius, welchen Namen er bis heute in der juristischen Litteratur behalten hat, erst im Mittelalter erlangt. Schon die Römer, welche ihm den Pandektentitel D. 19,3: de aestimatoria (scil. actione) gewidmet haben, sind eifrig bemüht gewesen, seine rechtliche Natur sowie sein verwandtschaftliches Verhältnis zu anderen Verträgen festzustellen. Obgleich ihm in der juristischen, namentlich in der theoretischen Litteratur in neuerer Zeit eine lobenswerte Beachtung zuteil wurde, hat trotzdem die Doktrin bis heute darüber noch kein einiges Resultat erzielt. Ein kurzer Ueberblick über die wesentlichen Momente dieses Vertrages mit den sich daran knüpfenden Streitfragen sowie eine Betrachtung seiner Eigenart durch Vergleich mit der ihm verwandten Verkaufskommission würde daher wohl von einigem Interesse sein.

Welche Sachen Gegenstand des Trödelvertrages sein können, lässt sich den darauf bezüglichen Quellenstellen [1]) nicht genau entnehmen. Es liegt allerdings die Vermutung nahe, dass er nur auf res mobiles Anwendung fand, da nur solche dort als Beispiele genommen sind. Indessen dürften dadurch die Immobilien nicht ausgeschlossen sein [2]) auch nicht in der auf den contractus

[1]) l. 17 § 1 D. de praescr. verb. 19,5; l. 11. pr. D. reb. cred. 12, 1, l. 44 D. pro socio 12, 2.

[2]) Seuffert, Archiv 34, p. 58.

aestimatorius bezüglichen Stelle fr. 1 § 1 de aest. 19,3. Der Grund dafür, dass Immobilien in denselben nicht erwähnt werden, dürfte vielmehr seinen Grund darin finden, dass unbewegliche Sachen schwerlich beim Trödelvertrag gebräuchlich waren.

Die Frage ist übrigens sehr bestritten und in Litteratur, Praxis und neuer Gesetzgebung verschieden beantwortet worden.

Die älteren deutschen Rechtslehrer wie Lauterbach [1]) „Res sive sit mobilis, sive immobilis, nihil interesse existimatur, modo sit in commercio et aestimationem recipiat“ und Mueller [2]) treten für die Zulassung der Immobilien ein. Merkel [3]) gibt zu, dass vornehmlich res mobiles gebräuchlich, will aber doch die unbeweglichen Sachen nicht ausgenommen wissen, denn im gewöhnlichen Leben pflege man Grundstücke, Häuser etc. zu vertrödeln.

Liebert [4]) stellt den gewagten Satz auf, alles was verkauft werden kann, lässt sich auch vertrödeln, indem er l. 9 § 20, 1: „quod emptionem venditionem recipit etiam pignorationem recipere potest“ analog auf den contr. aestim. anwendet. Die beschränkte Anwendung auf Mobilien wird auch von den neueren Gesetzgebungen wie das Preussische L. R., das Oesterreichische Bürg.-Ges., hervorgehoben. Diese Einschränkung erklärt Gruchot [5]) damit, dieser Vertrag verdanke seine Existenz dem Verkehrsbedürfnisse und sei nur für den Handelsverkehr bestimmt. Der Vertrag fällt demnach nicht unter Art. 275 des Allg. Deutsch. H.-G.-B., wonach Verträge über unbewegliche Sachen nicht zu den Handelsgeschäften zu rechnen sind. Ein Erkenntnis des O A. G. zu Dresden [6]) bezeichnet Immobilien als Gegenstand dieses Kontrakts sogar als Unmöglichkeit für das heutige Recht, während Sintenis [7]) Mobilien umsomehr annehmen will, da die Veräusserung

[1]) colleg. theor. pract. XIX p. 10.

[2]) Muelleri addit. ad. Struv. syn. jur. civ. Exerc. XXV not. j.

[3]) Merkel, der Trödelvertrag in Weiske's Rechtslex. 11 pag. 535—544.

[4]) Liebert, Beiträge zur Lehre vom contr. aest. J. D. Berlin 1890.

[5]) Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Preuss. Rechts, 12. Jahrg. Berlin 1868 p. 152.

[6]) Sächsische Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verwalt. N. F. XII p. 277.

[7]) Sintenis prakt. gem. Civilrecht II § 117 Note 3.

von Grundstücken eine besondere Regelung erfahren hätte. Endemann [1]) hält diesen Vertrag selbst für die Mobilität zu schwerfällig, und legt ihm deshalb für das heutige Handelsrecht nur geringe Bedeutung bei.

Was das Rechtsverhältnis der Contrahenten untereinander anlangt, so werden im folgenden zunächst die Pflichten der beiden Contrahenten und die für beide entstehenden Rechte dargestellt werden. Hieran anschliessend sollen die zwei besonders hervortretenden Fragen: die betreffs des Eigentumsübergangs und der Gefahrtragung wegen ihrer hervorragenden Bedeutung für die Lehre vom Trödelkontrakt eine abgesonderte Erörterung finden.

Als Hauptpflicht des Hingebers, — des [2]) Auctors oder dominus rei — ergibt sich aus l. 1 pr. h. t. an: res aestimata vendenda datur.

Bevor wir auf das vendendum dare näher eingehen können, müssen wir zunächst wissen, was unter „res aestimata“ zu verstehen ist. Die aestimatio ist in verschiedenen Beziehungen für die rechtliche Gestaltung unseres Vertrages von Bedeutung. Sie gehört mit zu seinem Wesen, ohne sie ist ein Trödelvertrag gar nicht denkbar, sie ist also ein notwendiges Requisit desselben. [3])

Die aestimatio finden wir auch noch in anderen Verträgen. So gibt es eine aestimatio taxationis causa zur Fesstellung des Schadensersatzanspruches bei Rückgabe der res dotales nach Beendigung der Ehe. Sie kommt vor bei der Uebertragung des periculum casus und um die culpa zu erhöhen [4]). Daneben findet sich

[1]) Endemann, das deutsche Handelsrecht 1876 p. 578 Anm. 33.

2) Es sei hier betont, dass zunächst nur die Pflichten und Rechte des Hingebers gegeben und die konkurrierenden Rechte und Verpflichtungen des Trödlers im Anschlusse hieran behandelt werden.

[3]) Wir sind hier Chambon [11] zur Ausführung über die aestimatio gefolgt.

[4]) so in l. 54 § 2 D. Locati 19, 2; l. 5 § 3 D. commodati 13,6.

eine aestimatio venditionis causa [1]); auch beim instrumentum fundi ist sie gebräuchlich.

Für das Wesen der aestimatio lassen sich vier Fälle aufstellen:

1. Trotz der aestimatio muss Empfänger die Sache zurückgeben.
2. Empfänger braucht nur die aestimatio zurückgeben.
3. Die aestimatio dient zur Preisbestimmung, wieviel der Trödler zu leisten hat, nicht aber wie Chambon meint, um festzustellen, wie teuer der Trödler verkaufen soll.
4. Die aestimatio kann den Zweck haben als Restitutionsobjekt neben der Sache zu dienen.

Diese beiden letzten Fälle beziehen sich auf den contractus aestimatorius und legen sein inneres Verhältnis offen. Wendt [2]) weicht von dieser Auffassung wesentlich ab. Er betrachtet nicht die aestimatio als ein essentiale negotii, will vielmehr das vendendum dare besonders betont wissen [3]). Meiner Meinung nach ist aber notwendig an der aestimatio als einem wesentlichen Moment unseres Vertrages festzuhalten, mit ihr steht und fällt der contractus aestimatorius, jedoch gebe ich zu, dass es Verträge geben kann, wo die aestimatio nicht so bedeutend hervortritt. Beim contractus aestimatorius stellt sie den Umfang der Obligation fest und schliesst ein späteres arbitrium litis aestimandae aus. —

Der Hingeber muss, wie betont, eine res aestimata vendendum dare. Aus den hierauf bezüglichen Quellen-

[1]) l. 10 D. de jure dotium 23,3 § 4 und 5 quo loco agitur de dote venditionis causa aestimata.

[2]) Wendt, Jahrb. f. Dogm. Bd. 10 N. F. 3/5 Heft. Jena 1884.

[3]) Auch Schaps ist dieser Ansicht.

stellen [1]) wollten ältere Forscher folgern, dass das Hingeben der Sache geschehe nur zum Zweck des Verkaufs. Dementsprechend konnte der Hingeber alles, was der Trödler auf andere Weise als durch Verkauf aus seiner Detention brachte, vindicieren [2]). Da diese Meinung mit dem Wesen des Trödelvertrages nicht im Einklang zu bringen war, wurde sie mit Recht von den Neueren aufgegeben.

Es genügt aber nicht nur, dass der Hingeber die zu vertrödelnde Sache dem Empfänger hingibt. Er ist verpflichtet, die Sache in einem solchen Zustande zu übergeben, dass der Trödler voraussichtlich die Sache ohne Schaden verkaufen kann. Sie muss also in jeder Weise dem angeschlagenen Taxwert entsprechen. Finden sich aber Mängel vor, so ist es seine Pflicht, den Trödler in gehöriger Weise darauf aufmerksam zu machen und ihm einen verhältnismässigen Abzug an der aestimatio zu gestatten. Er steht dem Trödler für culpa levis ein.

Falls der Hingeber mit dem Trödler dahin übereingekommen ist, für die Verkaufsthätigkeit eine bestimmte merces, Provision, zu zahlen, ist er unter allen Umständen zu dieser Leistung verpflichtet, wenn ihm der Trödler nach Verkauf der Sache die limitierte Summe bringt; er hat aber auch kein Recht, die merces dem Trödler vorzuenthalten, wenn er unverrichteter Sache statt des Verkaufserlöses die Sache restituiert und ihm den genügenden Beweis erbringt, dass trotz aller Bemühung sich keine Gelegenheit geboten hätte, den limitierten Preis für die Sache zu erzielen.

Der Hingeber ist ferner verpflichtet, dem Trödler

---

[1]) Fr. 44 pro socio 17,2 fr. 1 pr. de aest. 19,3. fr. 13 pr. de P. V. 19,5 u. distracta bei Paulus Sent. 2,4 § 4.

2) Wir werden hierauf später einzugehen haben.

die genügende Zeit zum Verkauf der Sache zu lassen. In dubio würde diese Frist nach richterlichem Ermessen zu bestimmen sein. Auf jeden Fall wäre es chicanös, wenn der Hingeber den Trödler so drängen würde, dass er nur mit Verlust die Sache verkaufen könnte.

Fordert der Hingeber die Sache zurück, so ist er auch verpflichtet, dem Trödler alle Auslagen zu ersetzen, die er schon um den Verkauf der Sache gehabt hatte, denn man kann es dem Trödler nicht verübeln, wenn er für die Rückforderung der Sache, für deren Verkauf er Zeit und Mühe geopfert hat, eine angemessene Entschädigung vom Hingeber verlangt. Vielleicht konnte er gerade während dieser Zeit eine bessere Spekulation unternehmen, die ihm voraussichtlich mehr Nutzen eingebracht hätte.

Umgekehrt ist aber auch der Hingeber berechtigt, die Sache zurückzufordern, wenn er dem Trödler genügende Zeit zum Verkaufe der Sache gelassen, dieser aber sich in keiner Weise um den Verkauf bemüht, auch nicht geneigt ist, die Sache persönlich zu kaufen. Dieses Recht wird man ihm nicht nehmen können, denn der Trödler hat der Intention seines Auftraggebers zuwider gehandelt. Er wird also mit der condictio causa data causa non secuta gegen den Empfänger vorgehen können. Er machte eine Leistung in der Voraussetzung einer künftigen Gegenleistung, wurde aber darin getäuscht [1]).

Warum sollte ferner der Hingeber nicht die Sache zurückfordern dürfen, wenn er eine günstige Gelegenheit zum Verkaufe der Sache hat, während sie in den Händen des Trödlers noch lange keinen Absatz finden würde? Natürlich würde es nur unter der Voraussetzung gestattet

[1]) Auf das dem Hingeber zustehende ius poenitendi komme ich bei der rechtlichen Untersuchung des Trödelvertrages als Kontrakt zurück.

sein, dass die dem Trödler zum Verkaufe übergebene Sache noch res integra ist, d. h. dass der Trödler sie noch so besitzt, wie er sie empfangen hat, dass er noch keine Veränderung mit der Sache vorgenommen und dieselbe noch nicht aus seiner Detention gebracht hat. Schliesslich hat der Hingeber überhaupt das Recht, jederzeit die Sache zurückzufordern.

Hat der Hingeber mit dem Trödler beim Abschluss des Vertrages eine merces vereinbart, also eine besondere Provision, die letzterer für seine Thätigkeit beim Verkaufe der Sache erhalten solle, so hat er auch das Recht zu verlangen, dass dieser in richtiger Weise sich um den Verkauf bemüht [1]). Der Hingeber verbindet mit dieser besonderen Belohnung den Zweck, baldmöglichst in den Besitz der aestimatio zu gelangen.

Ist die Sache vom Trödler verkauft worden oder hat derselbe sie für sich übernommen, so hat der Hingeber das Recht, sofort die aestimatio zu fordern. Er kann jeden Versuch des Trödlers, ihm einen Abzug zu machen, zurückweisen, denn das Recht auf den genauen Taxwert steht ihm kontraktlich zu, es kann ihm keiner nehmen.

Für den Fall, dass der Trödler die Sache restituiert, aber nicht in dem unversehrten Zustande, wie er sie übernommen, steht dem Hingeber das Recht auf Schadenersatz zu. Hier kommen die besonderen Bestimmungen über die Gefahrtragung beim Trödelvertrage zur Anwendung, worauf wir an anderer Stelle näher eingehen werden.

Alle Ansprüche gegen den Trödler kann er mit der actio praescriptis verbis geltend machen.

[1]) Ueber die Frage, ob der Trödler überhaupt zu Bemühungen verpflichtet ist, später.

Wenden wir uns zu den Pflichten und Rechten des Trödlers!

Wenn dem Trödler die Sache vom dominus zum Verkaufe hingegeben ist, so hat er damit eine alternative Verpflichtung übernommen „rem incorruptam reddere aut aestimationem". Für eine der beiden Leistungen muss er sich entscheiden. Will er die Sache zurückgeben, so muss er sie in dem Zustande abliefern, in welchem er sie empfangen hat; entscheidet er sich für die aestimatio, so hat er genau die vereinbarte Summe zu entrichten.

Nimmt er nach der Uebernahme der Sache Fehler und Mängel an der Sache wahr, die er trotz aller Sorgfalt bei der Uebergabe der Sache nicht hätte bemerken können, so ist es seine Pflicht, sofort seinem auctor hiervon Nachricht zu geben, damit dieser eventuell den ästimierten Preis verhältnismässig reduziere. Er muss aber diese Nachricht so bald als möglich geben, damit er den dominus auch wirklich von dieser Wertminderung überzeugen könne, auf jeden Fall vor dem Verkaufe der Sache.

Auch ist er verpflichtet, die Sache sofort zurückzugeben, wenn der Hingeber sie verlangt, es sei denn, dass der Verkauf schon so weit geschehen ist, dass ihm durch die Rückgabe ein erheblicher Schaden zugefügt würde.

Falls er sich eine merces ausbedungen, so hat er damit die Pflicht übernommen, die günstigste Gelegenheit zum Verkaufe der Sache zu benutzen und den Hingeber sobald als möglich in den Besitz der aestimatio zu setzen.

Ob er überhaupt zur Bemühung um den Verkauf der Sache verpflichtet ist, ist bestritten. Diese Frage

wird in Anlehnung an das jus vendendi des Trödlers ihre Erledigung finden. Was die Gefahrtragung des Trödlers betrifft, so soll, wie bereits betont, diesem Punkt ein besonderer Abschnitt gewidmet werden.

Aus der alternativen Verpflichtung, die der Trödler durch diesen Kontrakt eingeht, entsteht für ihn anderseits das ius variandi; er hat das Wahlrecht zwischen zwei Leistungen, der Rückgabe der zum Verkaufe empfangenen Sache und der Leistung der limitierten Summe. Hieraus ergeben sich abgesehen von dem selbstverständlichen Verkaufsrechte für ihn die mannigfaltigsten Rechte.

Zuerst hat der Trödler das Recht, den Verkauf der Sache ganz in sein Belieben zu stellen, Er hat mit der Eingehung dieses Vertrages keine Verpflichtung zum Verkaufe übernommen. Brinz [1]) und Windscheid [2]) halten an der angeblichen Verpflichtung des Empfängers zur Veräusserung der Sache fest. Obige Ansicht teilt auch die herrschende Meinung [3]). Nach meinem Dafürhalten auch mit Recht. Denn der Trödler handelt im eigenen Namen und für eigene Rechnung. Er übernimmt allein das Risiko der Unternehmung. Der Geber hat gar kein Interesse daran, ob und wie der Verkauf der der Sache geschieht. Einen ganz bestimmten auf den Verkauf gerichteten Auftrag hat er gar nicht erteilt, vielmehr verpflichtet er den Trödler auf rem aut aestimationem. Ob sich der Trödler um den Verkauf bemüht hat, könnte man übrigens in vielen Fällen wohl schwerlich beweisen. — Man könnte einwenden, der

---

[1]) Brinz, Krit. Blätter civilist. Inhalts Nr. 1. Erlangen 1852.

[2]) Windscheid, Lehrb. d. Pandektenrechts 7. Aufl. Frankfurt. II. Bd. 1891 § 383 Note 11.

[3]) So auch Chambon S. 104. Weidling, das buchhändl. Konditionsgeschäft Berlin 1885. p. 78 Note 2; Sintenis 2 § 117.

Hingeber wird sicherlich, falls die Sache restituiert wird, ein Interesse daran haben, zu erfahren, ob der Trödler sich um den Verkauf bemüht hat oder nicht. Dies ist keineswegs zu bezweifeln, aber daraus ergibt sich nicht ohne weiteres eine Verpflichtung zur Verkaufsbemühung. Mag doch der Hingeber in der Wahl der mit dem Verkauf zu beauftragenden Personen die richtige Sorgfalt anwenden.

Ist dem Trödler die Sache hingegeben, so kann er auch ganz nach seinem Belieben als Selbstkontrahent eintreten. — Es ist gleichgiltig, wie er zu der aestimatio kommt, ob durch Verkauf der Sache oder dadurch, dass er die Sache übernimmt. In diesem wie in jenem Falle bleibt die aestimatio immer dieselbe. Dieser Selbsteintritt geht also den dominus gar nichts an.

Aus der bestimmten Fixierung, welche das Wesen der aestimatio ausmacht, ergibt sich für den Trödler auch das Recht, den ganzen Mehrerlös aus der Sache in sein eigenes Vermögen zu bringen [1]). Nur dem dominus gegenüber ist er an die aestimatio gebunden, nicht gegenüber anderen. Er kann daher den Preis für die Sache beliebig steigern. Da er für eigene Rechnung thätig ist, so wird er wohl wissen, wie weit er in der Erhöhung des Preises gehen kann. Sein eigenes Interesse wird ihm dabei den richtigen Massstab an die Hand geben, dass er weiss, bis zu welchem Preise er noch auf Absatz der Ware rechnen könne. Wenn er unter Limito die Ware verkauft, so wird dies nie dem Hingeber zum Schaden gereichen, denn von der aestimatio wird kein Abzug gewährt. Vielleicht verbindet der

[1]) In diesem Sinne entscheiden auch Chambon p. 54; Glück XVIII p. 65; Merkel in Weiske's Rechtslexikon 11 p. 541; Sintenis II. § 117 Note 3; Unger; im Jahrb. für Dogm. 8 p. 19 ff. Jena 1866.

Trödler mit diesem Verkauf unter Limito eine ganz bestimmte Spekulation. Er zieht damit die Käufer an. Was er etwa bei der einen Sache einbüsst, wird durch den günstigeren Verkauf einer anderen Sache wieder aufgehoben. — S. u. Anm. b. N. 5.

Neben diesem Mehrerlös des Trödlers aus dem Verkaufe der Sache hat er auch ein Recht auf die merces, falls er eine solche für seine Verkaufsthätigkeit mit dem dominus vereinbart hat. Durch diese besondere Provision wird das Wesen des contractus aestimatorius in keiner Weise in Frage gestellt, wie ausdrücklich fr. 2 de aestimatoria 19,3 hervorhebt: haec actio utilis est, etsi merces intervenit. Dieses Recht auf die merces wird man dem Trödler auch nicht nehmen können, wenn er als Selbstkontrahent eintritt. — s. No. 6.

Brinz [1]) stellt mit Recht das plus des Mehrerlöses als Essentiale des Trödelvertrages auf. Ausdrücklich erkennen die Quellen [2]) dieses Recht an. Der Mehrerlös kommt ihm zu, wie Glück [3]) sagt, nach der Natur des Vertrages, er mag ausgemacht sein oder nicht. Daraus ergibt sich notwendig, was auch Paulus l. 1 § 1 D. h. t. sagt, der Trödler brauche nur aestimationem, de qua convenit, zu bezahlen und wie in fr. 17 § 1 de P. V. 19,5 betont wird, er muss die Sache zurückgeben oder das „pretium" [4]). Früher hat man freilich die Natur dieser Befugnis bestritten. Voet [5]) und Zösius [6]) sagen, in diesem Falle läge ein spezielles Paktum vor, das gehe deutlich aus l. 44 Dig. pro socio 17,2 und l. 13 D. de praescr. verb. 19,5 hervor. Ihnen gegenüber weist aber Chambon treffend nach, dies Recht auf den Mehrerlös gehe aus der Natur des Kontraktes hervor. Es folge aus der Pflicht des Trödlers, in jedem Falle die Schätzungssumme zu bezahlen, er trage,

[1]) Brinz, Kritische Blätter I p. 18.

[2]) fr. 44 pro socio 17,2 u. fr. 13 pr. de P. V. 19,5.

[3]) Glück, Erläuter. der Pandekten nach Hellefeld. Erlangen 1796—1843 XVIII § 1065.

[4]) Pretium wie häufig in den Digesten, als aestimatio zu nehmen.

[5]) Voet, comm. ad. Pand. lib. 19,3 cit. Chambon.

[6]) Zösius, Comm. ad. Pand. lib. 19,3 cit. Chambon.

selbst wenn er vom Käufer nichts erhalten das periculum negotiationis, er führe mit dem Weiterverkauf sein eigenes Geschäft, somit restituire er auch nicht den Ueberschuss. [1])

Die herrschende Meinung verwirft die Ansicht [2]), welche wir bei Unterholzner finden; der Empfänger sei verpflichtet, den ganzen Mehrerlös herauszugeben, wenn die Contrahenten eine merces ausgemacht haben. Wohl mit Recht, denn die merces wird gegeben auf Grund einer besonderen Nebenabrede, welche mit dem contractus aestimatorius in gar keiner näheren Beziehung steht, sodass man sie auch nicht mit der actio praescriptis verbis geltend machen könnte.

Ein weiteres Recht, welches sich aus diesem Contraktsverhältniss für den Trödler ergibt, ist dieses, er ist zu jeder Zeit berechtigt, diesen Vertrag aufzulösen, soweit es ohne Benachteiligung des Hingebers geschehen kann. Er bringt die Sache zurück und ist damit ipso jure von jeder Verpflichtung entbunden.

Fordert der Hingeber die Sache zurück, so kann der Trödler, falls er gewisse nötige Verwendungen auf die Sache gemacht, und wegen der Verkaufsbemühung Auslagen gehabt hat, sein Retentionsrecht solange geltend machen, bis er vollständig vom dominus befriedigt ist. Weigert sich der Hingeber, so wird er die Sache verkaufen und aus dem Erlös sich bezahlt machen können.

Ein Quellenbeweis liegt für diese Behauptungen nicht vor; ich glaube es jedoch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen annehmen zu können.

---

[1]) In diesem Sinne entscheiden auch Chambon p. 54; Glück XVIII p. 65; Merckel in Weiske Rechtslexikon 11 p. 541; Sintenis II. § 117 Note 3, Unger im Jahrb. f. Dogm. 8 p. 19 ff. Jena 1866.

[2]) Unterholzner, quellenm. Zusammenstel. der Lehre des R. R. von den Schuldverhältn. mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. Leipzig 1840. II § 488.

Die Rechte des Trödlers beim periculum, sowie die Frage, ob er Eigentümer wird, werden im folgenden ihre selbständige Erörterung finden.

Da die actio aestimatoria nun entweder auf Rückgabe der Sache oder auf die Aestimations-Leistung geht, aber auf nichts mehr, so ziehen wir daraus den Schluss, dass der Trödler den Erlös über die Aestimationssumme nicht abzuliefern hat, also für sich verwenden kann [1]). Verkauft er unter Limito, so gereicht es dem dominus rei contraktgemäss nie zum Schaden.

Im Anschluss an die Darstellung der Pflichten und Rechte beider Contrahenten wären noch zum Verständnis des Verhältnisses zwischen Hingeber und Empfänger, zwei Fragen speziell zu beantworten. Zuerst fragen wir uns: „Geht mit der Hingabe der Sache an den Trödler das Eigentum auf denselben über?“

Demnach wäre zu untersuchen, ist das dare Eigentums- oder blosse traditio, Besitzübertragung.

Von den älteren Rechtslehrern bejahten den Eigentumsübergang Lauterbach [1]) und Böhmer [2]), der in einer Dissertation den Eigentumsübergang auf den Trödler behandelt hat. Letzterer sagt, da in der Natur unseres Kontraktes eine Alternativobligation liege, so sei eine Vindikation des hinzugegebenen Objektes unmöglich und dieser Umstand zeuge eben von dem Eigentumsübergang. Als zweiten Grund führt er an, die aestimatio sei hier venditionis gratia vorgenommen. Auf letzteres Argument stützt sich auch Puchta [3]), einer von den neueren Vertretern des Eigentumsübergangs beim Trödelvertrage. Das Eigentum gehe mit Resolutivbedingung über, denn der Trödler habe ja die Be-

[1]) In diesem Sinne entscheiden auch Chambon p. 54, Glück XVIII, Merckel in Weiske's Rechtslex. 11 p. 541, Sintenis II. § 117 Note 3, Unger im Jahrb f. Dogm. 8. p. 19 ff. Jena 1866.

[2]) Lauterbach, colleg. theor. pract. XIX § 9 und Böhmer, beide citiert bei Chambon.

[3]) Puchta, Pand. 11. Aufl. von Rudorff Leipzig 1872; und Vorlesungen über das heut. Röm. Recht. 6. Aufl. Leipzig 1874.

rechtigung, die Sache zu restituieren. Er wird aber von Brinz und Chambon genügend widerlegt. Die Verneinung vertreten unter anderen Cocceji [1]): Der contr. aestim. sei ein von dem Verkauf verschiedenes Geschäft, der animus transferendi dominii sei nicht anzunehmen, daher sei der Eigentumsübergang nicht anzunehmen, das gehe schon deutlich aus der eigenartigen Haftungspflicht, sowie aus der Berechtigung des Trödlers hervor, ev. die Sache zu restituieren. Nicht eher, sagt Glück, gehe das Eigentum auf den Empfänger über, bis er durch wirkliche Bezahlung der aestimatio sein Eigentum erkläre, vorher könne man gar nicht wissen, ob er die Sache zurückliefern oder den Wert dafür entrichten wird. Chambon [2]) nimmt in unserm Vertrage eine conditionalis venditio an, d. h. nicht einen bedingten Kauf, sondern ein Rechtsgeschäft, welches die Natur des Kaufs erhalten könnte. Dies ist nach unserer Meinung vollständig verkehrt, wie auch Brinz mit Recht entgegnet: „Es gibt kein Rechtsgeschäft, das aus einem anderen entspringt, es gibt kein Rechtsgeschäft ausser demjenigen, welches von den Parteien abgeschlossen wird. Wird ein Trödelvertrag abgeschlossen, so ist kein Kauf da und kann daraus niemals einer werden.“ Schon schien die Diskussion über den Eigentumsübergang aus der Welt geschafft zu sein, als plötzlich Wendt [l. c. S. 393] wieder das positive Princip vertrat, der ästimierte Gegenstand gehe in das Eigentum des Empfängers über, denn er stehe ganz auf seine Gefahr. Er stützte sich auf l. 26 pr. verb. 19.5: Si tibi scyphos dedi, ut eosdem mihi redderes, commodati actio est, si ut pondus argenti redderes, quantum in illis esset, tantidem ponderis petitio est per actionem praescriptis verbis, tam boni tamen argenti, quam illi scyphi fuerunt, sed si, ut vel hos scyphos, vel ut eiusdem ponderis argentum dares, convenit, (idem) dicendum est. Nach unserer Ansicht bezieht sich jedoch diese Stelle gar nicht auf den Trödelvertrag, denn es ist von einem vendendum dare gar nicht die Rede, folglich können wir auch nicht den Eigentumsübergang an den Trödler daraus ableiten.

Heute wird fast allgemein der von Brinz aufgestellte Satz anerkannt, es komme lediglich auf die Paciscenten an, was aus dem dare werden soll, ob ein consensus

[1]) Cocceji, jus controv. XIX. 3. qu. cit. bei Chambon.

[2]) Chambon p. 78.

dominii transferendi et accipiendi Platz greift oder nicht. In allen Quellenstellen, wo es sich um Hingabe einer Sache zu irgend einem Zweck handelt, wird dem Empfänger nur der Besitz übertragen, Eigentum aber nur, wenn besondere Verabredungen unter den Parteien getroffen sind [1]). Leist [2]) will dies nicht zugeben, das Eigentum bleibe beim Hingeber der Sache, auch wenn die Parteien den animus dominii transferendi et accipiendi erklärten. Seinen Beweis stützt er auf l. 45 p. D. de R. J. 50, 17, man könne nicht durch ein obligatorisches Verhältniss, welches nur Besitz- oder nur Detentionsübergabe zum Inhalt hat, Eigentum übertragen. — In zwei Fällen nimmt Leist aber an, dass Eigentum auf den Trödler übergehe:

1. Wenn dem Trödler eine ästimierte fungible Sache mit der Bestimmung übergeben wird, im Falle er die Sache zurückleiste, brauche er nur tantundem ejusdem generis zurückzugeben.
2. Die Contrahenten haben vereinbart, der Empfänger solle entweder dieselbe Sache zurückgeben oder die aestimatio leisten, und der Trödler wählt die Aestimationsleistung. —

Ich kann der Argumentation von Leist nicht beipflichten. Es bleibt dem Eigentümer unbenommen, einem anderen eine Sache so zur Aufbewahrung zu übergeben, dass dieser das Eigentum der Sache mit Restitutionspflicht erhält. — Nach römischem Rechte geht das Eigentum, selbst wenn eine justa causa und der animus transferendi et accipiendi dominii vorhanden und erklärt ist, man aber die Sache um Geld weggegeben hat, dennoch nicht über,

[1]) cf. l. 5 § 18 de trib. act. 14,4 und l. 26 de praescr. verb. 19,5.

[2]) Leist, Mancipation und Eigentumstradition p. 239, 254. Dagegen Becker in krit. V. J. Schr. IX pr. 254—259.

solange nicht der Preis gezahlt oder creditiert ist. Nach der herrschenden Meinung wird Eigentum dann übertragen, wenn der abstrakte Wille der Parteien darauf gerichtet ist [1]). —

Kann der Trödler, wenngleich er nicht zahlt, das Eigentum für sich in Anspruch nehmen, indem er sich darauf stützt, es habe in dem Trödelvertrage schon ein Creditieren gelegen?

Nach römischem Rechte werden wir wohl schwerlich ein Creditieren annehmen, wenn keine formelle Erklärung dazu vorliegt, also auch keinen Eigentumsübergang annehmen können, da doch bei unserem Vertrage das Moment der äusseren Sachanvertrauung zunächst massgebend war. Nach modernem Recht, so sagt Becker auch richtig, sind aber die römischen Grundsätze in diesem Falle nicht mehr massgebend. Brinz nimmt an, in der Hingabe könne ein etwaiges Creditieren liegen, in dem Falle, dass der Trödler als Contrahent einträte [2]). Ich glaube auch nicht, dass es der Intention der Parteien entspricht, dass in diesem Falle ein Creditieren angenommen werden soll. Dem auctor kann es doch ganz gleichgiltig sein, ob der Trödler als Selbstcontrahent eintritt oder nicht. Sein Interesse geht nur dahin, falls die Sache nicht restituiert wird, die aestimatio zu bekommen. Ob der Trödler dieses durch Weiterverkauf an einen dritten oder durch Selbsteintritt bewirkt, ist für jenen ganz belanglos. Will der Trödler den Kauf für sich abschliessen, so thut er es eben dadurch, dass er dem Eigentümer die aestimatio hingibt. Gerade deshalb wollte der Herr ihm nicht creditieren. Was könnte sich der Trödler unter diesen Umständen nicht alles erlauben? —

[1]) Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877.

[2]) Dagegen Leist p. 242 u. Bechmann II. p. 412.

Wir müssen also sagen, das Eigentum geht auf den Trödler erst dann über, wenn er die aestimatio bezahlt hat, nicht schon dann, wenn er sich für den Selbsteintritt entschieden hat. In diesem Sinne hat auch das Reichsgericht entschieden [1]), auf den Trödler gehe die Sache, falls er sie selbst behalten will, erst durch die Leistung der limitierten Summe über, an den dritten Erwerber erst mit der Tradition der Sache durch den Trödler. Wenngleich diese Ansicht vom römischen Standpunkt durchaus korrekt ist, werden wir vom modernen Standpunkt aus annehmen müssen, jede noch so formlose aus der Sachlage zu folgernde Creditierung muss genügen. — Natürlich würde sich das ganze Verhältnis anders gestalten, wenn die Parteien beim Abschluss die besonderen Vereinbarungen getroffen hätten, es solle nicht eher das Eigentum übergehen, bis baar bezahlt sei. —

Ziehen wir nunmehr das Resultat: der dominus überträgt mit der res vendenda nicht das Eigentum auf den Trödler; kraft seiner in dem Vertrage enthaltenen Vollmacht überträgt der Trödler das Eigentum auf dritte ex voluntate domini. Irrig ist die Meinung, der Trödler könne als Eigentümer bezeichnet werden, sei es mit rückwirkender Kraft (Leist), sei es ohne diese (Chambon). Das Verhältnis zwischen Trödler und dritten ist dem Tradenten gleichgiltig. Will Tradent vom dritten die Sache vindicieren, so steht ihm die exceptio rei venditae et traditae entgegen [2]).

Wie verhält es sich mit dem Eigentumsübergang, wenn der Trödler vor dem Verkauf der Sache in Konkurs gerät? Wenn Glück p. 71 dem Eigentümer ein unbedingtes

[1]) Entsch. d. R.-G. in Strafsachen Bd. III S. 154.
Treitschke, Rechtsgrundsätze vom Kommissionshandel § 12.

Aussonderungsrecht zuspricht, so steht dies im vollen Widerspruch zu § 15 R.-K.-O., wonach der Konkursverwalter in das unvollendete Geschäft des Gemeinschuldners eintreten kann. Wenn er also für den Schuldner eintritt und die aestimatio zahlt, wird der Trödler ipso iure Eigentümer und somit verliert der auctor sein Aussonderungsrecht.

Mach gemeinem Recht geht also das Eigentum der Sache erst mit der Zahlung oder Creditierung des Preises auf den Empfänger über, nach dem Allgem. L.-R. erst nach dem Ablauf eines vorher bestimmten Termins, natürlich unter der Voraussetzung, dass der Trödler an diesem Termine den Preis zahlt [1]). — Nach meiner Meinung wird durch die bestimmte Fixierung des Termins der Trödelvertrag allzusehr eingeschränkt. Betrachten wir nunmehr den Standpunkt des Allgemeinen Landrechts zu unserem mit dem Konkurse in Verbindung gebrachten Vertrage. Der Hingeber hat, wenn über das Vermögen des Trödlers Konkurs ausgebrochen und der Termin ohne Zahlung verstrichen ist, einerseits nach § 35 der R.-K.-O. einen Aussonderungsanspruch, andererseits kam er, wenn er den festgesetzten Preis fordert, diese Forderung nach § 21 K.-O. nur als Konkursgläubiger geltend machen.

In inniger Beziehung zu dieser so bestrittenen Frage vom Eigentumsübergang steht die noch grössere Controverse von der Gefahrtragung. Die Haftung des Trödlers gewinnt erst dann an Bedeutung, wenn derselbe durch die Uebergabe der Sache nicht sofort Eigentümer wird. (Chambon.)

Es fragt sich, muss der Trödler die Gefahr des Unterganges oder der Verschlechterung der Sache tragen? Ich führe zunächst die hierauf bezüglichen Quellenstellen der Vollständigkeit wegen an:

l. 1 § 1 D. de aestimatoria 19,3 Ulpianus: aestimatio autem periculum facit ejus qui suscepit. Aut

---

Gruchot p. § 157

igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit.

l. 17 § 1 D. de praescr. verb. 19,5 Ulpianus: Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi afferres, aut pretium eorum, deinde haec perierint aut venditionem, cujus periculum sit? Et ait Labeo quod et Pomponius scripsit: si quidem ego te venditorem rogavi, meum esse periculum, si tu me, tuum, si neuter nostrum, sed dum taxat consensimus, tenere te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. Actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.

Jul. Paulli: Sentent. Recept. de commodato et deposito (II, 4) § 4:

Si rem aestimatam tibi dedero, ut ea distracta pretium ad me deferres, eaque perierit, si quidem ego te rogavi meo periculo erit: si tu de vendenda promisisti, tuo periculo erit.

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen haftet jeder Kontraktschuldner für dolus, wenn er in böswilliger Absicht zu schädigen gehandelt hat, sowie für culpa lata; auch für culpa in concreto, wenn er die diligentia quam suis rebus adhibere solet nicht beobachtet. Auch erstreckt sich die Haftung auf das Unterlassen, wenn man nicht einmal die diligentia eines pater familias angewendet hat. Sie wird noch erhöht durch besondere Vereinbarungen, wenn die Verpflichtung nur im Interesse des Schuldners geschehen, gemindert, wenn man nur im Interesse des Gläubigers contrahiert oder der auctor die Initiative ergriffen hat. So haftet der Depositar nur für dolus und culpa lata, also für objective custodia [1]), während er, wenn er sich zum Geschäfte aufdrängt,

[1]) Baron, VIII verb Aufl. § 237.

auch für subjective custodia, d. h. auch für den durch fremde Schuld an der Sache angerichteten Schaden haftet. Da uns aber der contractus aestimatorius ganz selbständig entgegentritt, so ist es ganz natürlich, dass auf ihn ganz besondere Rechtsregeln Anwendung finden. —

Mannigfache Versuche sind gemacht, um die oben citierten Stellen miteinander in Einklang zu bringen. Man hat sie dieserhalb den verschiedensten Emendationen unterworfen. Hauptsächlich dreht sich der Streit darum, Ulpian schiebe in der einen Stelle lediglich dem Trödler die Gefahr zu, in der anderen gehe er davon aus, von welcher Seite der Anlass zum Geschäft gegeben sei. Um einen der neueren Vereinigungsversuche hier zu erwähnen, tritt Brinz für die l. 17 § 1 D. de praescr. verb. 19,5 in die Schranken, wo in Abweichung von den sonstigen ästimatorischen Kontrakten, wonach der Empfänger das periculum allein trägt, die Gefahr zwischen Hingeber und Trödler geteilt sei. Auf diesen letzteren Umstand habe Ulpian in l. 1 § 1 D. de aest. 19,3 absichtlich nicht Bezug genommen; da er dort ganz allgemein von den ästimatorischen Kontrakten, nicht aber speziell vom contractus aestimatorius rede. Nach meiner Meinung wohl mit Unrecht.

Lipp [1]) sagt, nach der l. 1 § 1 D. 19,3 trage der Trödler stets die Gefahr. — Kurz und gut, der Streit sei nur aus einem Missverständniss der l. 1 § 1 D. 19,3 zu erklären. Glück p. 70 übersetzt die Stelle also Der Trödler trägt die Gefahr dann, wenn er sie übernahm. (aestimatio dann nicht für Schätzung, sondern für contractus aestimatorius zu nehmen). Wie er sie aber übernimmt, sage l. 17 § 1 D. de praescr. 19,5. — Ich

[1]) Lipp, Beitrag zur Lehre vom Trödlerkontrakt. Heidelberg 1880.

kann mich dieser exegetischen Ansicht Glück's nicht anschliessen.

Chambon widerlegt ihn schon genügend, indem er bemerkt, Ulpian könne diese Ansicht gar nicht gehabt haben; abgesehen von der freiwilligen Uebernahme führe er eben die aestimatio als entscheidend für das periculum an. Nach Ulpian sei die aestimatio die Ursache des Gefahrüberganges. Der letzteren Ansicht tritt Brinz p. 41 entgegen, die aestimatio sei nicht Ursache, sondern Wirkung des Gefahrüberganges, „man ästimiert, weil die Gefahr übertragen werden will".

Kommen wir nun näher auf die Haftung zu sprechen. Wir glauben, es ist unmöglich für den Gefahrsübergang beim Trödelvertrage allgemein giltige Rechtsregeln aufzustellen. — Im allergewöhnlichsten Falle, si neuter nostrum . . . rogavit . . . sed dumtaxat consensimus, haftet der Trödler nur für dolus und culpa lata. Hat der Trödler gar kein Interesse an dem Geschäfte und ist ihm die Rückgabe der Sache ohne seine Schuld unmöglich, so ist er von aller Verpflichtung frei [1]). — Hat der Trödler sich aber zu dem Geschäfte gedrängt, resp. den Anstoss dazu gegeben, so muss er die Gefahr tragen [2]).

Ich bin der Meinung, der Trödler trägt die Gefahr, wenn das Geschäft in seinem besonderen Interesse abgeschlossen ist. Von einem alleinigen Interesse kann hier keine Rede sein; das Interesse liegt hier auf Seiten beider Contrahenten: der Eigentümer lässt seine Sache gegen Geld verkaufen, der Trödler zieht seinen Profit aus dem Mehrerlös der Sache, die spes ist sein

[1]) Windscheid II. p. 397.
[2]) Puchta § 313.

Interesse. — Aber liesse sich denn nicht l. 5 § 3 D. commod. 13,6 analog auf unseren Vertrag inbetr. des Gefahrüberganges anwenden? [1]): „Si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.“ Die Obligation ist hier im Interesse des Empfängers eingegangen, somit steht der Empfänger neben dolus und culpa lata auch für culpa levis ein. Nach dieser Stelle hätte der Trödler analog für omne periculum einzustehen. Erhöhte Haftung muss nach dem Thatbestande der l. 5 § 3 D. commod. 13,6 eintreten, aber omne periculum? — Wollen wir diese l. 5 § 3 analog auf unser Verhältnis anwenden, so müssen wir wohl mit Emmerich [2]) periculum in der Bedeutung von custodia fassen [3]). Wir sagen demnach mit Merkel [4]): „Der Trödler steht neben dolus noch für culpa und diligentia omnis“ [besser würde man sagen für diligentia in custodiendo, also für subjective custodia] „ein und hat diejenigen Beschädigungen und Verluste der Sache zu vertreten, welche durch seine ihm zuzurechnende Unaufmerksamkeit und Nachlässigkeit entstanden sind.“

Wie steht es aber mit dem periculum beim Trödelvertrage, wenn der dominus die Initiative zur Eingehung des Vertrages gegeben hat und das Geschäft hauptsächlich in seinem Interesse ausgeführt wird? Von einer gesteigerten Haftung wird dann keine Rede mehr sein können, vielmehr wäre die Haftung in diesem Falle möglichst zu beschränken, der Trödler wid also nur

[1]) Dagegen Sintenis. Civ. Recht II p. 643 Anm.: „Das Fragm. V. § 3 Commodati kann hier keine Rolle spielen, denn es fehlt dabei der Hauptzweck, dass res vendenda aestimata traditur“.

[2]) Emmerich, Archiv. f. civ. Praxis Bd. 61 p. 279.

[3]) cf.: l. 47 § 1 D. fam. erc. 10,2 und l. 14 § 16 D. de furt. 47,2.

[4]) Merkel in Weiske's R. L. 11 p. 540.

für dolus und culpa lata zu haften haben. — Dass der Hingeber, wenn er das Hauptinteresse an dem Geschäft hat, für ausgedehnte Haftung einzustehen hat, sagt auch Ulpian: „si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum".

Ziehen wir das Resultat, so ist der Sinn der l. 17 § 1 D. de praescr. verb. 19.5 in Verbindung mit l. 1. § 1 D. de aest. 19,3 folgender:

1. Hat der Trödler den Anstoss zum Geschäft gegeben, resp. das Hauptinteresse daran, so haftet er ausser für dolus und culpa auch noch für diligentia in custodiendo, subjective custodia.
2. Ging die Initiative zum Geschäft vom dominus aus, resp. hatte er ein ganz besonderes Interesse am Verkauf der Sache, so haftet der Trödler nur für dolus und was diesem gleichsteht.
3. In allen anderen Fällen haftet der Trödler für dolus und culpa.

Er haftet nicht, wenn die Rückgabe der Sache ohne seine Schuld unmöglich geworden ist. —

Ganz feste Regeln lassen sich, wie schon bemerkt, für das periculum beim Trödelvertrage nicht aufstellen, jedenfalls hat das grössere Interesse auch den Gefahrübergang zur Folge.

Auch die neueren Gesetzbücher haben sich mit dieser bedeutendsten Controverse des Trödelvertrages beschäftigt, weichen aber in einigen Punkten von der gemeinrechtlichen Doktrin ab. — So liegt nach dem Preuss. L.-R. in der blossen Eingehung eines Trödelvertrages nicht auch die stillschweigende Uebernahme der Gefahr seitens des Empfängers, selbst nicht, wenn dieser den Anstoss zum Geschäfte gegeben hat. In den Motiven

zum Bürg. Ges. f. d. K. Sachsen heisst es, der Trödler trägt nicht den zufälligen Untergang der Sache. Unger [1]) kritisiert diese Vorschrift, seiner Meinung schliesse ich mich an: „Die Bestimmung des römischen Rechts sei doch viel richtiger und zweckmässiger, wonach es darauf ankommt, ob der dominus oder der Trödler den Anstoss zum Geschäft gegeben habe".

Es bliebe uns zum klaren Verständnis des Rechtsverhältnisses zwischen Hingeber der Sache und Trödler endlich noch übrig, die rechtliche Stellung des Trödelvertrages als Kontrakt näher zu erörtern.

Die Römer rechneten ihn zu den Innominatcontrakten, die wie Ulpian l. 7 § 1 D. de pact. sagt, kein proprium nomen contractus haben, sich von den im alten Civilrecht bekanntlich klaglosen nudae pactiones unterscheiden durch die Existenz einer causa civilis, wodurch erst das Geschäft zu einem civile negotium mit einer civilis actio wurde, [2]) von den benannten Kontrakten dadurch abwichen, dass bei ihnen nicht wie bei diesen letzteren wegen ihrer unendlichen Mannigfaltigkeit der Inhalt sich so fixieren liess, dass er in einem ganz bestimmten Kontrakt zum Ausdruck kommen konnte. [3])

Ist der Trödelcontr. ein Real- oder Consensualkontrakt?

Ohne Zweifel war der contr. aestim. im römischen Recht ein Innominatrealkontrakt, wonach erst durch die Hingabe der Sache die Perfection des Vertrages sich vollzieht. Vor der Hingabe der Sache wird noch keine obligatio ex re begründet. Die Sache wird hingegeben und genommen animo contrahendi. Gerade in der Hingabe [4]) liegt das Fundament dieser Verträge. Bevor ich

[1]) Unger in einer Besprechung des rev. Sächs. Entw. (Leipzig 1861) citiert bei Gruchot p. 161.

[2]) Chambon p. 41.

[3]) Glück, p. 80.

[4]) res tradita initium obligationi praebet. nach l. 1 § 2 D. de rer. permut. 19,4.

die Sache nicht hingenommen habe, liegt auch keine Verpflichtung auf meiner Seite [1]). Jedes Versprechen, das vor Uebergabe der Sache gegeben, ist absolut wirkungslos [2]). — Gerade aber durch die Hingabe der res unterscheidet sich der Realkontrakt von dem Consensualkontrakt, der schon durch nuda conventio, durch den solus consensus zustande kommt. —

Unter welche von beiden Kategorien der Trödelvertrag zu stellen sei, darüber ist schon viel gestritten worden. Das Reichsoberhandelsgericht [3]) hat sich mit der Untersuchung dieses Verhältnisses befasst und dahin entschieden, nicht genüge die Erklärung des Gebers, er überlasse die Sache dem Trödler zum Verkaufe, vielmehr sei ein wesentliches Moment des Trödelvertrages, dass die zu vertrödelnde Sache dem Trödler ausgehändigt werde. — Heute erklärt ihn die grösste Mehrzahl der Rechtsgelehrten für einen Realkontrakt.

Insbesondere auch Puchta, Brinz, Windscheid, denen sich die meisten neueren Gesetzgebungen [4]) ausgenommen das Preuss. L.-R. anschliessen, während ihn andere wie Chambon, Vangerow [5]) Merkel, Unger so auch das Preuss. L.-R. als Konsensualkontrakt aufgefasst haben. —

Bei den Römern waren wohl Kauf und Miete als Konsensualkontrakte klagbar, nicht aber ein alternatives Geschäft wie der Trödelvertrag. —

An diese Streitfrage knüpft sich notwendig auch die, gibt es heute überhaupt noch Realkontrakte?

Die einen verneinen es, Realverträge im Sinne des römischen Rechts gebe es wenigstens nicht mehr; andere

---

[1]) cf. l. 10, l. 9 § 9 D. de R. C. 12. 1 l. 19 pr. D. de praescript. verb. 19,5

[2]) cf. l. 30 D. cit. 12,1 denn: suscepta obligatio inter dandum accipiendumque nach l. 17 § 3 D. commod. 13,6.

[3]) Entsch. vom 25. Sept. 1872 VII. 45.

[4]) Das Oesterr. G. B. § 1086, Sächs. G. B. § 1291, Bayr. Entw. Art. 396.

[5]) Vangerow, Lehrb. d. Pand. 7. Aufl. Marburg u. Leigzig 1869.

wollen ihr Gebiet doch nur mehr oder weniger einschränken. Während bei den Römern „das materielle Moment des Consenses“ [1]) nur in beschränktem Umfange zur Geltung kam und der solus consensus meistenteils nicht genügte [2]), ist dieser Grundsatz von der Unverbindlichkeit des blossen Versprechens heute weggefallen. Daraus aber die Consequenz zu ziehen, als seien alle Realkontrakte im heutigen Recht zu Consensualkontrakten geworden, ist nach meiner Ansicht keineswegs genügend begründet. Vielmehr nehme ich mit Unger p. 14 an, dass es auch im heutigen Rechte noch Verträge gibt, welche erst durch die Hingabe der res zustande kommen.

Brinz, der auch in Betreff der Natur des Trödlervertrages als Kontrakt Chambon kritisiert, sagt:

„Wenn man von dem Satze ausgeht, dass zur Klagbarkeit obligatorischer Uebereinkünfte blosser Konsensus genügt, so komme man ganz allgemein zu dem Satze, dass res zur Klagbarkeit nicht mehr erforderlich sei (p. 26).

An einer anderen Stelle p. 19:

„Denken wir einen Trödelkontrakt, der noch bloss auf consensus beruht, bei dem es zur Hingabe der res vendenda noch nicht gekommen ist, so ist das ein ganz anderes Ding, als wenn consensus und Hingabe zusammentreffen. In letzterem Falle haben wir einen hauptsächlich einseitigen, dort dagegen einen wesentlich zweiseitigen Kontrakt; hier liegt die Last der Verpflichtung auf dem Empfänger, dort vorerst auf dem, der geben soll. Hiermit stehen dann ganz neue Fragen und Erscheinungen im Zusammenhang: eine Klage des Trödlers auf Extradition der Waare, eine Klage des Herrn auf Uebernahme; die Frage, wer denn jetzt das periculum trage, und wie die allenfallsige litis aestimatio in diesen neuen Klagen zu machen sei.“ Puchta glaubt den Begriff der

---

[1]) Chambon p. 44.

[2]) cf. § 1 J. de obl. ex. cons (3,22) „dari aliquid necesse est, ut substantiam capiat obligatio, — ferner l. 1 § 2 D. de rer permut. 19,4: — permutatio ex re, tradita initium obligationi praebet: alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicimus, quod in his dumtaxat receptum est quae nomen suum habent.

Realkontrakte, wie ihn die römische Theorie aufgestellt hat, noch bei den vier benannten Realkontrakten, mutuum, commodatum, depositum, pignus beibehalten zu müssen. Durch die Leistung sei aber nicht die Klagbarkeit, sondern die Existenz des Vertrages begründet.

Mit dem Trödelkontrakt würde übrigens eine prinzipielle Umgestaltung vor sich gehen, sofern wir ihn als Consensualkontrakt auffassen. Die Leistung geschähe nicht mehr contrahendi causa, sondern solvendi causa, man will damit eine Verpflichtung erfüllen, die bereits durch den Consens auferlegt ist. — Das ius poenitendi würde wegfallen, nach welchem Derjenige, welcher erfüllt hat, selbst dann berechtigt ist, vom Vertrage zurückzutreten und die Sache zurückzufordern, wenn der andere zur Gegenleistung bereit ist [1]). Nach römischem Rechte konnte darnach der Eigentümer seine Sache zurückfordern, solange sie noch nicht verkauft ist, denn da man mit dem contrahendi causa nur ein Recht auf den Kontrakt erwarb, so konnte man dieses auch wieder aufgeben, nicht aber, wenn schon eine Verbindlichkeit vorliegt. — Auch ist bei Annahme eines Consensualkontraktes die condictio causa data causa non secuta nicht mehr zulässig, welche ihre Anwendung findet bei einer Leistung, die man gemacht hat in Erwartung einer künftigen Gegenleistung.

Ganz dieselben Erscheinungen inbezug auf die Kontraktsnatur des Trödelvertrages finden sich beim buchhändlerischen Kommissionsgeschäft.

Der Name kann leicht auf die Annahme eines Kommissionsvertrages im handelsrechtlichen Sinne hindeuten. Sortimenter wie Kommissionär führen zwar das Geschäft im eigenen Namen; während jener aber für eigene Rechnung handelt, ist der letztere nur für fremde Rechnung thätig. Der Kommittent kann seinen Auftrag zu jeder Zeit zurückziehen, der Verleger nicht. Ende-

[1]) Windscheid § 321, Chambon l. c. p. 44.

mann hält es für einen Kauf nach Belieben, der sich innerlich sehr nahe mit dem Kommissionsgeschäft berühre; Chambon für einen suspensiv bedingten Kauf; Buhl für einen durch Usance eigentümlich entwickelten Trödelvertrag.

Ueber die Natur dieses Rechtsgeschäfts wird noch immer viel gestritten [1]). Ich schliesse mich der Ansicht von Goldschmidt und Brinkmann an und halte das buchhändlerische Kommissionsgeschäft für einen reinen Trödelkontrakt.

Wenn wir hier vom buchhändlerischen Kommissionsgeschäft reden, so meinen wir damit natürlich das sogenannte Konditionsgeschäft. Beide Namen wechseln im Geschäftsverkehr hierfür ab.

Wir verstehen darunter das Rechtsverhältniss zwischen Verleger und Sortimenter, wonach sich letzterer verpflichtet, bis zu einem bestimmten Termine die von ersterem zum Verkaufe erhaltenen Bücher entweder zurückzugeben oder ihren Preis zu zahlen [2]). Beim Trödelvertrag ist freilich die Terminsbestimmung kein wesentliches Moment, wenigstens nicht nach gemeinem Recht, aber dadurch bleibt sein Wesen unverändert.

Die Terminsbestimmung beim buchhändlerischen Kommissionsgeschäft, welche den Sortimenter zwingt, bis zu einer ganz bestimmten Zeit entweder die Bücher zu remittieren oder den Nettopreis zu zahlen, hat zu der Vermutung Anlass gegeben, es liege ein suspensiv oder resolutiv bedingter Kauf vor. Aber alle, welche diese Meinung vertreten, möchten wohl die Wirkung des Geschäfts mit dem Geschäft selbst verwechseln. Insofern

[1]) Gerber, Deutsch. Privatr. § 199 N. 10. Dagegen Gruchot S. 150 No. 2. Buhl, Das Conditionsgeschäft im Deutsch. Buchhandel in Zft. f. H. R. 25 (N. F. 10) Stuttgart 1880 p. 176. Wächter, Das Rechtsverhältnis zwischen dem Verleger und dem Sortimentsbuchhändler über die in Condition gegebenen Bücher in Zft. f. H. R. 2 p. 477 ff. Erlangen 1859.

[2]) Weidling p. 2.

ist freilich der Remissionstermin von Bedeutung, dass vor seinem Eintritt der Verleger keinen Anspruch aus der alternativen Obligation gegen den Sortimenter geltend machen kann, aber auch dem Trödler muss immerhin eine gewisse Frist gelassen werden, sich um den Verkauf zu bemühen, wenn er will. —

Sämmtliche Essentialien des Trödelvertrages passen auch auf das buchhändlerische Conditionsgeschäft. Bei beiden Geschäften eine res aestimata ad vendendum data; wenn auch der Verleger einen Ladenpreis festsetzt, so ist doch, wie Weidling p. 81 und andere nachweisen, der Sortimenter daran in keiner Weise gebunden. Es steht ganz in seinem Belieben, die Bücher über oder unter dem sog. Ladenpreis zu verkaufen. Es kommt ganz auf das einzelne Geschäft an wie der beste Vorteil aus dem Verkaufe der Bücher zu ziehen ist. Der Sortimenter ist also an die aestimatio ebensowenig wie der Trödler beim Verkaufe gebunden. Das Recht auf den Mehrerlös kann der Sortimenter ebensogut wie der Trödler beanspruchen. Auch besteht bei beiden Kontrakten keine Verpflichtung zur Hingabe einer merces, Provision; sie kann aber beiderseits vorkommen, ohne die Verträge ihrem Wesen nach irgendwie zu ändern. Das Eigentum geht beiderseits nicht über, da analog dem Kaufvertrage hier sowohl wie dort der Kaufpreis weder bezahlt noch creditiert ist. Die alternative Verpflichtung der beiderseitigen mit dem Verkaufe beauftragten Personen enthält den Grund hierfür, welche aber beim Sortimenter noch an eine bestimmte Frist geknüpft ist. Beiden Empfängern steht das Wahlrecht zu, entweder die Sache oder den Preis zurückzugeben. — Wir werden also annehmen können, dass das buchhändlerische Conditionsgeschäft ein reiner Trödelkontrakt ist.

Die ganze bisherige Darstellung hatte den Zweck, das Verhältnis zwischen dem Hingeber der Sache und dem Trödler klar zu legen. Es wäre nunmehr die Stellung dieser beiden Contrahenten zum dritten, dem Käufer der Sache, zu untersuchen.

Dieses Verhältnis zum dritten Contrahenten ist infolge der rechtlich selbständigen Stellung, die der Trödler einnimmt, ein in sich vollständig abgeschlossenes; der dritte steht eigentlich in gar keiner Beziehung zum Hingeber, was notwendig der Fall sein würde, wenn der Trödler als Bevollmächtigter des auctors aufträte. Dann wäre aber kein Trödelvertrag mehr vorhanden. Der Grund ergibt sich aus dem Umstand, dass der Trödler die Sache im eigenen Namen und für eigene Rechnung verkauft. Somit besteht kein Rechtsverhältnis zwischen dem Hingeber der Sache und dem Käufer, sondern nur zwischen Käufer und Trödler. Allen Nachteil, den der Trödler aus dem Verkaufe hat, muss er allein tragen, nur an ihn kann sich der dritte wegen Mängel und Fehler der Sache halten, auf keinen Fall an den auctor, da keine beauftragte Stellvertretung vorliegt. Bestände ein Obligationsverhältnis zwischen dominus und dem dritten, so würde sich sicher, wenn der Trödler die zum Verkaufe übergebene Sache in das Eigentum des dritten gebracht, den dafür erhaltenen Kaufpreis aber nicht abgeliefert hätte, ersterer bei Insolvenz des Trödlers an den dritten Contrahenten halten und umgekehrt würde sich der dritte Contrahent ohne Zweifel, wenn es anging, an den ersten wenden, wenn er bereits den Kaufpreis dem Trödler bezahlt, das Objekt aber nicht erlangen kann, da es der Trödler bereits anderweitig veräussert hat. Rechtliche Anhaltspunkte hierfür sind unserem Vertrage fremd, man müsste sich in diesem Falle mit Klagecessionen

helfen. — So fremd stehen sich Hingeber nnd Käufer gegenüber, dass, wenn der Trödler fallierte, und der Käufer den Preis an den Hingeber zahlen würde, er doch nie genügende Sicherheit hat. Wenn wir aus dieser Darstellung die Konsequenzen ziehen, so ergibt sich folgendes Resultat:

1. Der Trödler ist verpflichtet, dem dritten Contrahenten in jeder Weise für die Verbindlichkeiten, die sich aus dem Verkaufe der Sache ergeben, einzustehen. Kreditiert er dem dritten, — wozu er ein Recht hat infolge seiner selbständigen Stellung — so thut er es unbeschadet der Rechte des auctor; auf jeden Fall zahlt er die aestimatio. —
2. Der auctor ist verpflichtet, den dritten Contrahenten, falls demselben die Sache evinciert wird und der Trödler auf ihn zurückgreift, schadlos zu halten. Er ist berechtigt, gegen den dritten, wenn diesem vom Trödler die Sache hingegeben, der Kaufpreis aber nicht bezahlt und auch nicht creditiert ist, sein Vindikationsrecht geltend zu machen, im Konkurse sein Aussonderungsrecht.
3. Die Pflichten und Rechte des dritten Contrahenten ergeben sich direkt aus seinem Verhältnis zum Trödler.

Es unterliegt keinem Zweifel, dass der contractus aestimatorius mit manchem genannten Kontrakt Aehnlichkeit hat, häufig sogar schwer davon zu unterscheiden ist, sodass man in ihm einen Kauf, Miete, Mandat oder gar Sozietät vermuten könnte.

Ist der Trödler doch berechtigt, für den ästimierten Preis die Sache selbst zu behalten, erhält er ja nicht

selten einen Lohn für seine Verkaufsbemühungen. Trotz des „Hineinspielens“ dieses oder jenes Moments (Puchta, Brinz, Sintenis) behält aber dieser Kontrakt seinen eigenen unabänderlichen Charakter [1]). — Uebrigens sagt Ulpian l. 1 pr. D. h. t. 19, 3 ausdrücklich:

„Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia. Fuit enim ingens dubitatio, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter astimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videar, an ex conducto quasi operas conduxissem: an mandati?“

Was liegt nun näher, als den contractus aestimatorius mit der emptio venditio zu vergleichen?

„Propter aestimationem“, meinten die Römer, könne man an einen Kauf denken, da sie mitunter statt aestimatio „pretium“ setzten [2]).

Unter Umständen war die aestimatio geeignet, eine Verkaufsklage eintreten zu lassen [3]). Dies war sehr häufig der Fall bei einer dos venditionis causa aestimata, wofür ich l. 10 § 4 D. de jure dotium 23,3 anführe In diesen und ähnlichen Fällen bildet die aestimatio das einzig mögliche Restitutionsobjekt. Beim Trödelvertrage aber steht es ganz im Belieben des Empfängers, die Sache selbst zu restituieren oder den limitierten Preis, „aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit“ l. 1 § 1 D. h. t.

Hier wird man den Einwand machen, auch beim Kauf kann es zur Restitution der hingegebenen Sache kommen, so z. B. bei der actio emti ad gustum. Wir werden

---

[1]) Unger in Jherings Jahrb. f. d. Dogm. d. heut. röm. und deutsch. Privatr. VIII. p. 20.

[2]) Brinz p. 12.

[3]) Chambon p. 22 ff., Bechmann, Kauf nach gem. Recht II p. 562 ff.

also mit Brinz fragen: „Inwiefern ist dennoch durch die Restitutionsmöglichkeit der Trödelvertrag vom Kaufe verschieden?“ Die Antwort wäre, allerdings kann es auch beim Kaufvertrage vorkommen, dass die Sache restituiert wird, aber der wesentliche Unterschied beider Kontrakte besteht darin, dass bei dem Trödelkontrakt die Restitution der Sache, wenngleich nur alternativ, in obligatione ist [1]). Damit ist zugleich seine Stellung zum suspensiv bedingten Kauf charakterisiert. Auch können wir keinen resolutiv bedingten Kauf annehmen, denn beim Kauf unter Resolutivbedingung geht bekanntermassen das Eigentum sofort über.

Wenn Chambon p. 79 beim Trödelvertrage eine conditionalis venditio annimmt, so ist diese Ansicht m. E. schon gründlich von Brinz p. 13 widerlegt worden.

Da beim Trödelvertrag aber auch eine merces vorkommen kann, „haec actio utilis est, etsi merces intervenit“, so ist es nur zu erklärlich, dass man hier auch die locatio conductio in Frage zog.

Wie wir uns die merces beim contractus aestimatorius zu denken haben, zeigt treffend Brinz: „Die merces tritt nur als ein accessorium zu den üblichen Bestandteilen des Kontrakts hinzu, als eine ausserordentliche Zuthat, als ein gewisser Lohn neben dem ungewissen; wegen der noch immer vorhandenen Ungewissheit des Lohnes ist der Vertrag noch immer keine locatio conductio.“

Es kann hier nur von locatio conductio operis oder operarum die Rede sein, denn das Verkaufen lässt sich nicht blos als Arbeiten (operae), sondern auch als Arbeit (Werk), als ein Gearbeitetes, auffassen, nicht aber mit locatio conductio rei.

Chambon p. 97 ff.; dagegen Brinz p. 9.

Schon die Römer lassen den obigen Vergleich mit

[1]) Brinz p. 13.

der locatio conductio zu, wie aus den Worten Ulpians hervorgeht: „an ex loca to quasi rem vendendam locasse videor: an ex conducto quasi operas conduxissem“. Dem Trödelkontrakt mit seiner incerta merces steht in der locatio conductio das uti frui licere mit certa merces gegenüber.

Der Ueberschuss, den der Trödler für sich behalten darf, also das incertum, würde er auch als Lohn angesehen, so könnte doch noch nicht von einem Mietverhältnis die Rede sein, da bei der locatio conductio die merces immer fest bestimmt ist.

Paulus sagt in l. 2 D. h. t: „haec actio utilis est, etsi merces intervenit“, dass durch merces an und für sich das Rechtsverhältnis gar nicht zur Miete wird. Chambon übersetzt diese Stelle so, die Klage auf bedungenen Lohn werde nur utiliter zugelassen. Brinz aber weist nach, dass utilis nur mit „anwendbar“ zu übersetzen sei, was auch schon Glück, Commentar XVIII p. 79 annimmt. — In einem Punkte nähern sich beide Kontrakte: weder Trödler noch Mieter führen ein negotium gratuitum aus.

Ob die Römer auch einen Vergleich unseres Vertrages mit der Societät angestellt haben. lässt sich aus der oben citierten l. 1 pr. D. h. t. 19,3 nicht entnehmen. Dort ist von einer Societas gar keine Rede. Zu diesem Vergleich haben wir die l. 13 pr. D. 19,5 und l. 44 D. 17, 2 heranzuziehen in der Annahme, dass Ulpian dort wirklich vom contractus aestimatorius spricht:

1. Ulpian l. 13 pr.: Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes placet neque mandati esse neque pro socio esse actionem, sed in factum, quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit.

2. Ulpian l. 44 D. 17,2: Si margarita tibi vendenda dedero, ut si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit, tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus praescriptis verbis."

In beiden Stellen wird das Hauptgewicht auf den animus societatis contrahendae gelegt. Ohne ihn ist eine societas gar nicht denkbar. — Beim Trödelvertrage wird von diesem wesentlichen Momente des Gesellschaftsvertrages gar nichts erwähnt; der Hingeber der Sache scrutarium non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit l. 13 pr. D. h. t. 19,5.

Der dominus bedingt sich beim Trödelvertrag stets die aestimatio aus, er will ja nicht mit dem Trödler gemeinsam handeln, vielmehr handelt der Empfänger für eigene, nicht für gemeinschaftliche Rechnung. Der Mehrerlös ist dem dominus ganz gleichgiltig. Er überlässt es ganz dem Trödler, wieviel plus er über die aestimatio aus dem Geschäft ziehen will. Nehmen wir eine societas an, so hätte diese zum Zweck den Verkauf der Sache. Ein gemeinschaftlicher Verkauf liegt aber beim Trödelvertrag gar nicht vor, denn der Trödler kann jederzeit mit der aestimatio eintreten, folglich haben wir auch keinen Gesellschaftsvertrag. — Gäbe der socius die zum Verkaufe übergebene Sache zurück, so wird dadurch der Vertrag aufgelöst, könnte sogar, wenn der Rücktritt intempestive geschehen, Schadenersatz zur Folge haben. Der Trödler aber kann ganz nach Belieben die Sache oder den Preis zurückbringen. Der socius ist stets an gewisse Instruktionen von seiten der Gesellschaft gebunden, während der Trödler seine Entschlüsse und Bestimmungen inbetreff des Verkaufs der Sache ganz nach Belieben fassen kann.

Wohl am meisten Verwandtschaft hat der contractus aestimatorius mit dem Mandat. Bei oberflächlicher Betrachtung ist eine Gleichmässigkeit der beiderseitigen Kontraktsverhältnisse nicht zu verkennen; es müssen aber dagegen schwerwiegende Bedenken erhoben werden. Wie verschieden ist schon das Interesse der mit dem Verkaufe betrauten Personen. Während man beim Trödler höchstens von einem fremden Interesse in Höhe der aestimatio reden könnte, er aber den ganzen Mehrerlös für sich behalten darf und nicht mehr als die Aestimationssumme zu leisten braucht, in seiner ganzen Thätigkeit überhaupt gegenüber dem Auftraggeber eine ganz unabhängige Stellung einnimmt, hat der Mandatar stets stets das Interesse des Mandanten im Auge zu behalten, muss für einen möglichst hohen Verkauf sorgen und allen Erlös herausgeben, denn — „lex mandato apudeum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet", l. 20 pr. D. 17, 1, — er ist überhaupt ganz abhängig bei seiner ganzen Thätigkeit und streng verpflichtet, gewissenhaft die gegebenen Anordnungen zu beobachten. — Man könnte weiterhin in der Gratuität des Mandats einen Unterschied zwischen beiden Kontrakten finden. Schon Ulpian l. 13 D. pr. verb. 19,3: „si tibi vendendam rem certo pretio dedissem ut quo pluris vendidisses tibi haberes" sagt, deshalb könne keine mandati actio gegeben werden „quia mandata gratuita esse debent." Das Mandat ist seiner Natur nach unentgeltlich, sagt auch Paulus in l. 1 § 4 D. mand. 17,1 „mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces; interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit." Also Auftragserteilung gegen Lohn sei Dienstmiete. — Aber kann man hier nicht den Einwand machen,

schon die Römer kannten ein mandatum mit honorarium l. 6 pr. l. 7. 56 § 3 D. h. t.? Ich glaube wohl nur für jene Dienste, welche man für zu hoch hielt, um sie gegen eigentlichen Lohn zu verrichten. — Das honorarium entrichtete man für solche operae, für die nach der Natur des Vertrages kein Lohn beansprucht werden konnte. — Der Trödelvertrag darf aber auf keinen Fall als gratuitum bezeichnet werden. [1])

Zwar liegt in dem vendendum dare kein bestimmter Lohn, wie wir bei Vergleichung mit der locatio conductio gesehen haben, aber die Gratuität scheitert schon daran, dass der Trödler allen Überschuss behalten darf.

Es dürfte die Ansicht Barons Erwähnung finden, der den Trödelkontrakt als mandatum mea et tua gratia erklärt zu wissen wünscht Das Interesse des Gebers geht dahin, die Sache oder wenn dieselbe verkauft ist, den normierten Preis zu erhalten: das des Trödlers läuft dahin hinaus, im Gegensatz zum reinen Mandat, die Differenz zwischen limitierten und Verkaufspreis oder eventl. die Sache selbst in sein Vermögen zu bringen, um sie vielleicht später mit grösserem Gewinn wieder zu verkaufen.

Ausser diesen wesentlichen Unterscheidungsmerkmalen des contractus aestimatorius vom Mandat liessen sich noch manche andere anführen. Sie werden aber bei der Betrachtung des Trödelkontrakts im Verhältnis zur Verkaufskommission, auf welches Geschäft als einer Unterart des Mandats auch die Grundsätze des reinen Mandats zum grossen Teil Anwendung finden, und dem wir nunmehr eine spezielle Betrachtung widmen wollen, gebührende Berücksichtigung finden. Vorher würden jedoch die unterscheidenden Merkmale der Verkaufskommission vor anderen Verträgen besonders vom Mandat anzugeben sein.

[1]) Brinz p. 11.

So z. B. ist die Verkaufskommission mit der locatio conductio verglichen worden. Die locatio conductio ist freilich auch entgeltlich aber schon die einseitige Widerruflichkeit der Verkaufskommission ist mit ihr unvereinbar; auch lässt sich die sich schon von selbst verstehende Provision schwerlich mit dem Dienstlohn gleichstellen.

Namentlich aber zeigt dieses Geschäft Verwandtschaft mit dem Mandat. Ohne Zweifel ist sein juristischer Kern der Mandatsnatur entnommen, jedoch hat sich die Verkaufskommission nicht zu einem selbständigen Vertrag wie der contractus aestimatorius aufgeschwungen, sodass man besondere Rechtsregeln auf sie anwenden müsste; vielmehr sind in mehr als in einer Beziehung die Rechtssätze über das Mandat in Anwendung zu bringen. Jedenfalls aber mit grosser Vorsicht, denn die Unterschiede zwischen beiden Verträgen sind so grosse, dass wir sie nicht identifizieren können. Schon der Umstand, dass der Verkaufskommissionär im eigenen Namen, nicht wie der Mandatar im Namen des Auftraggebers handelt, bewirkt eine scharfe Sonderung dieser beiden Rechtsinstitute. Auch die Provision bei der Verkaufskommission finden wir beim Mandat nicht. Wenngleich hier ein Honorar vorkommt, können wir doch Provision und Honorar nicht auf gleiche Stufe stellen. Gerade durch die Entgeltlichkeit bei der Verkaufskommission wurde vielmehr eine Annäherung an den Trödelvertrag herbeigeführt, wozu noch der Umstand kommt, dass die beiden letzteren Geschäfte im Gegensatz zum Mandat gewerbsmässig betrieben werden. Ja, diese letzten beiden Momente gaben sogar zu dem Irrtum Anlass, den Trödelvertrag mit der Verkaufskommission zu identifizieren. Wenngleich einige Verwandtschaft zwischen beiden Verträgen thatsächlich nicht geleugnet werden kann, so liegt

doch, wie wir im Laufe der Darstellung ersehen werden, zu einer etwaigen Gleichstellung beider Verträge gar keine Berechtigung vor.

Wir wollen nunmehr zunächst die verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen dem Trödelvertrage und der Verkaufskommission der Betrachtung unterziehen, und im Anschluss daran die wesentlichen Unterschiede zwischen beiden Verträgen näher erörtern.

Um zunächst auf den Gegenstand der Verkaufskommission zu kommen, so finden wir hier schon mannigfache Verwandtschaft mit dem contractus aestimatorius. Beim Trödelvertrage sind res mobiles gebräuchlich, wenngleich seine rechtliche Natur, wie wir sahen, res immobiles nicht ausschloss. Die Verkaufskommission hat nur bewegliche Sachen zum Gegenstande, denn nach Art. 275 des Deutsch. H.-G.-B. werden Verträge über unbewegliche Sachen überhaupt nicht zu den Handelsgeschäften gerechnet. Wir haben es hier aber mit einem Geschäft, welches lediglich dem Handelsverkehr dient, zu thun. Hierhin gehören alle res in commercio, die nicht etwas Unerlaubtes enthalten, also nicht Sachen wie z. B. verbotene Druckschriften. Auch muss der zum Verkaufe übergebene Gegenstand nicht ganz unbestimmt, sondern in gewisser Weise individuell begrenzt sein und für den Kommittenten ein besonderes Interesse haben: [1])

[1]) Die Bearbeitung der Verkaufskommission lehnte ich, abgesehen von derjenigen Litteratur, die noch später an geeigneter Stelle genannt werden soll, an folgende Schriften:
Grünhut, Das Recht des Kommiss.-Handels § 5 ff.
Endemann, Das deutsche Handelsrecht 2. Auflage.
Endemann, Handbuch des deutsch. Hand-., See- und Wechselr.
Brinkmann, Lehrb. des Handelsrechts.
Merkel, Der Kommissionshandel in Weiske's R.-L. II. p. 707—719.
Treitschke, Rechtsgrundsätze vom Kommiss.-Handel. Allg. Deutsches H.-G.-B. von Friedberg.

Gehen wir jetzt auf das Rechtsverhältnis zwischen den einzelnen Kontrahenten bei der Verkaufskommission über, so zeigt sich auch hier Verwandtschaft mit dem Trödelvertrag. Das Verhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär einerseits und Kommissionar und Käufer andererseits ist bei beiden Verträgen nach Aussen hin das gleiche. Aus dem ersten Verhältnis werden nur die beiden genannten Kontrahenten berechtigt und verpflichtet, der Dritte hat damit gar nichts zu thun. Letzterer steht nur mit dem Kommissionär im Obligationsnexus, nur mit diesem contrahiert er; er weiss häufig gar nicht, dass der Kommissionär im Auftrage eines Anderen den Verkauf abschliesst und kann es nicht wissen, da der Verkaufskommissionär das Geschäft im eigenenen Namen abschliesst.

Nach Art. 360, 2 d. H.-G.-B. wird durch den Verkauf der Sache der Verkaufkommissionär allein berechtigt und verpflichtet. Selbst wenn der Dritte den Committenten kennt, braucht er doch nur der Firma des Verk.-Kommiss. Vertrauen zu schenken. Sollten direkt zwischen dem Hingeber und dem Dritten Beziehungen bestehen, so können sie nur durch Cession zustande gekommen sein, sind dann also nur abgeleiteter Art und können nur mit einer actio utilis geltend gemacht werden. Anders läge natürlich der Fall, wenn der Verk.-Kommiss. im Namen seines Auftraggebers handeln würde, dann hatte auch schon das römische Recht Mittel, eine Obligation zwischen ihm und dem Käufer der Sache anzubahnen.

Bei beiden Verträgen ist der Vorschuss üblich. Nach Chambon p. 96 ist der Vorschuss beim Trödelvertrage nur dann gestattet, wenn er zum Zweck der Kautionsleistung gemacht ist. Aber wohl mit Recht sagt

ein Urteil des O.-A.-G. Lübeck [1]), dass auch durch Zahlung eines Vorschusses seitens des Empfängers an den Hingeber das Vorhandensein eines Trödelvertrages nicht ausgeschlossen werde. Der Vorschuss wird aber neben dem contractus aestimatorius auf Grund eines pactum adjectum gegeben zur Sicherheit des Hingebers. Auch der Verk.-Kommiss. kann dem Verk.-Committ. Vorschuss gewähren, natürlich wird er es nur insoweit thun, als er durch die Waaren gedeckt ist, denn darin besteht ja seine Sicherheit. An und für sich ist er aber dazu nicht verpflichtet, besonders dann nicht, wenn „iusta causa metuendi" vorliegt, so bei Zerrüttung der Vermögensverhältnisse der Verk.-Committ.

Ebenso wie beim Trödelvertrage geht auch bei der Verk.-Kommiss. das Eigentum auf den Empfänger nicht über. Es werden hier die Grundsätze des Kaufes analoge Anwendung finden dürfen. Für diese gilt aber der Satz: das Eigentum an der Sache geht erst dann auf den Empfänger über, wenn der Kaufpreis bezahlt oder creditiert ist. Bei beiden Verträgen kann davon keine Rede sein. Der Trödler hat, wie wir sahen, eine alternative Verpflichtung übernommen, wonach er das ius variandi hat; es steht ganz in seinem Belieben. die Sache oder den Preis zurückzubringen. Bezahlt er nun für die übergebene Sache sofort die aestimatio, also den taxierten Sachwert, oder lässt er sich creditieren, so liegt eben ein Kauf vor, aber kein Trödelvertrag mehr. Auch der Verkaufscommittent übergibt seine Sache dem Verk.-Commiss., dieselbe in seinem Interesse zu verkaufen; wenn er damit das Eigentum übertrüge, dann hätte er damit seine rechtliche Herrschaft über die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen aufgegeben, dieselbe existierte für ihn

[1]) Entsch. v. 30. Januar 1856 in Seuff. Arch. 11 No. 144.

gar nicht mehr; er hätte also auch gar kein Interesse mehr daran, was aus der Sache werden könnte. Dass aber ein solches Interesse vorliegt, werden wir später näher zu zeigen haben. Auf den Dritten wird wie beim Trödelvertrage das Eigentum der Sache unter den Voraussetzungen des Art. 306 des H.-G.-B. übertragen, sobald er den Preis gezahlt oder creditiert erhalten hat. Letzterer hat dann das unbeschränkte Eigentumsrecht, welches er gegen Jedermann mit der exceptio rei venditae et traditae geltend machen kann.

Verwandtschaft zwischen beiden Verträgen finden wir bei der Gefahrtragung. Auch der Verkaufs-Kommissionär hat sein bestes zu thun für gute Aufbewahrung der Sachen. Er haftet für verschuldeten Untergang und für verschuldete Deterioration der Sache, aber auch für alle Versehen der in seinem Geschäfte befindlichen Angestellten; die diligentia in custodiendo, subjective custodia fehlt auch hier nicht [1]). Ist irgend eine Vorsichtsmassregel, die zur Erhaltung der Integrität des Objektes erforderlich war, durch die eigene oder fremde Schuld unterblieben, so kommt er allein für allen daraus entstandenen Schaden auf. Art. 367 H.-G.-B. Für Versicherungen steht er nur dann ein, wenn der Verk.-Kommitt. ihm ausdrücklich dazu den Auftrag erteilt hat. Art. 367, 2. Gehen also in dem Falle, dass dies nicht geschehen ist, beispielsweise die ihm zur Aufbewahrung bis zum Verkaufe übergebenen Sachen durch eine Feuersbrunst unter und liegt auf seiner Seite in keiner Weise ein culposes Verhalten vor, so hat er für den Schaden nicht einzustehen. Wohl aber müsste er nach natürlicher Rechtsanschauung den ganzen Schaden ersetzen, wenn die Sache bereits einem Dritten verkauft, aber infolge

[1]) Baron, 8. Aufl. § 237.

mora des Verk.-Kommiss. noch nicht tradiert war, und dann die Sache unterging. Sonst steht er wie der Trödler für zufälligen Untergang der Sache niemals ein.

Wie wir früher beim Trödelvertrage gesehen haben, stand es sowohl dem Hingeber als dem Empfänger der Sache jederzeit frei, vom Vertrage zurückzutreten. Der Hingeber hatte als wesentliche Eigenschaft aller Innominatkontrakte das ius poenitendi, falls die Sache noch res integra war, also sich der Empfänger inbetreff des Verkaufes noch mit keinem Dritten eingelassen hatte, und nicht geneigt war, selbst einzutreten. Dies berechtigte ihn, die Sache zu jeder Zeit zurückzufordern. Ebenso konnte der Empfänger, wann es ihm beliebte, die Sache zurückbringen und sich so vom Vertrage entbinden. — Auch bei der Verk.-Kommiss. ist der Widerruf gestattet, wenngleich er hier im Verhältniss zum Trödelvertrag eigenartig modifiziert ist. Trifft der Widerruf des Verk.-Kommitt. vor dem Abschluss des aufgetragenen Geschäftes bei dem Verk.-Kommiss. ein, so darf letzterer nicht verkaufen. Verkauft der Kommissionär trotz des erfolgten Widerrufes einem Dritten, der von der Nichtberechtigung desselben Kenntnis hatte, so geht auf diesen das Eigentum nicht über; vielmehr ist der Verk.-Kommitt. berechtigt, die widerrechtlich verkaufte Sache jederzeit zu vindicieren.

Wie der Verkaufscommitt. ein Recht zum Widerruf, so hat der Verk.Kommiss. ein Recht zur Kündigung. Aber er hat darin nicht so viel Freiheit, wie der Kommittent. Sie wird wohl nur aus triftigen Gründen zulässig sein [1]), denn zu leicht könnten sich unangenehme Missbräuche einschleichen. Berechtigt ist er jedenfalls dazu, wenn „ein unvorhergesehenes und unvermeidliches

[1]) Wilda in Weiske's R.-L. 2 p. 719. Treitschke § 17.

Hindernis“ sich dem Verkaufe entgegenstellt. Der Verkaufskomm. muss aber sofort seinem Auftraggeber davon Nachricht geben, damit derselbe seine früheren Intentionen ändern kann, widrigenfalls haftet er für den daraus entstandenen Schaden. Wie der Trödler berechtigt ist, wenn der dominus die zum Verkaufe hingegebene Sache zurückfordert, für alle durch seine Verkaufsbemühung entstandenen Auslagen Ersatz zu verlangen, widrigenfalls er sich durch den Verkauf der Sache verhältnismässig befriedigen kann, so hat auch der Verk.-Kommiss. das Recht, solange das Kommissionsgut zu retinieren, bis er wegen seiner Provision, wegen der beim Verkauf gemachten Auslagen sowie wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung vollständig befriedigt ist. Art. 371 und 374.

Wir gehen nunmehr zu den Verschiedenheiten zwischen dem Trödelvertrag und der Verk.-Kommiss. über. Es zeigen sich bei näherer Betrachtung solche wesentlichen Unterschiede zwischen beiden Verträgen, dass man eine etwaige Identifizierung nicht mehr aufrecht halten kann.

Schon die Thätigkeit des Empfängers ist bei beiden Kontrakten grundverschieden. — In der alternativen Obligation des Trödlers liegt es begründet, dass er zum Verkaufe in keiner Weise verpflichtet ist. Wenn er die aestimatio nicht zahlen will, bringt er einfach die Sache zurück, und jede Verpflichtung ist für ihn erloschen. Entscheidet er sich für die Aestimationssumme, so übernimmt er entweder selbst die Sache zu dem Kaufpreis oder er zieht die limitierte Summe aus dem Verkaufe an einen Dritten und bringt sie dem Hingeber. Anders läge natürlich der Fall, wenn der Auftraggeber dem Trödler für seine Verkaufsbemühung eine besondere

Provision versprochen hätte. Dann könnte Ersterer auf Grund dieser Nebenabrede gegen Letzteren Klage führen.

Kann der Verk.-Kommiss. seine Thätigkeit auch so ganz nach seinem Belieben einrichten?

Nein, durchaus nicht; er muss den Auftrag gemäss der Intention seines Kommittenten ausführen. Art. 361.

Er hat in der Hauptsache die Stellung des römischen Mandatar, der mit der actio mandati directa vom Mandanten zur Erfüllung seiner Pflichten angehalten werden kann. Er hat in jeder Beziehung das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen, mit der diligentia quam suis rebus adhibere solet stets auf den Vorteil seines Auftraggebers bedacht zu sein und sich bei Ausführung seines Auftrages ganz seinen Instruktionen zu fügen. l. 5 pr. D. 17, 1 (Paulus). „diligenter fines mandati custodiendi sunt, nam qui excessit aliud quid facere videtur", wenn auch nach der Ansicht des Kommissionärs das Interesse des Auftraggebers dabei Schaden litte: l. 3 pr. D. 17,1: „Praeterea in causa mandati etiam illud vertitur, ut interim nec melior causa mandantis fieri potest."

Für die geringste Abweichung ist er schon haftbar, dies entspricht dem Verkehrsbedürfnisse. cf. Art. 362.

Während der contractus aestimatorius eine alternative Obligation in sich begreift, wonach der Trödler das freie Wahlrecht hat, die res vendenda oder die zwischen den Kontrahenten vereinbarte aestimatio zu restituieren, geht der Verk.-Kommiss. mit dem übernommenen Auftrage nur eine einfache Obligation ein; er kann es nicht seinem Belieben überlassen, das Kommissionsgut, welches ihm nur zum Zwecke des Verkaufes übergeben ist, etwa ruhig auf seinen Lagerräumen liegen zu lassen, und nach einiger Zeit, ohne dass er irgend welche

Schritte sum Verkaufe gethan hätte, dem Verkaufskommittenten zurückzusenden. Der Auftrag geht ausdrücklich dahin, verkaufe diese Sache und bringe den Preis zurück. — Freilich sprechen wir auch bei der Verk.-Kommiss. von einer „alternativen“ Obligation.

Diese Obligation bezieht sich aber auf den „Modus der Ausführung“ [1]). Für gewöhnlich gibt der Kommittent „imperative“, also obligatorische Instruktion; er kann aber auch „de monstrative“, also fakultative geben. Die Ersteren sind für den Verk.-Kommiss. unbedingt bindend, er darf nicht im geringsten davon abweichen, letztere könnte man so juristisch auffassen, „als ob ein Auftrag mit einer bedingten alternativen Verpflichtung des Kommissionärs vorläge.“

In diesem Falle hat er das Wahlrecht gemäss der demonstrativen Kommission zu verkaufen, er kann aber, falls es im Interesse des Auftraggebers liegt, von den gegebenen Instruktionen beliebig abweichen. Dieses Wahlrecht ist aber durch Art. 376 Abs. 3 und 377 des H.-G.-B. in sachlicher und zeitlicher Beziehung eingeschränkt worden. — Nach römischem Rechte besteht das Wahlrecht bei der alternativen Obligation noch bis zur vollständigen Leistung [2]), hier aber hängt das Wahlrecht von der Nachricht ab, die der Auftraggeber dem Kommissionär gibt, nachdem er von der anzuwendenden Ausführungsart Mitteilung erhalten hat. — Wie beim Trödelvertrage sind auch hier die beiden Leistungen in obligatione, aber nur eine in solutione, aber eine eventuelle Sachrestitution wie der Trödelvertrag weist die Verk.-Kommiss. nicht auf. Die in l. § 1 D. 19,3 ausgesprochene Alternative „aut rem redde aut aestimationem praesta“ trifft hier gar nicht

[1]) Grünhut p. 114.

[2]) l. 26 § 13,14 D. de cond. in deb. 12,6 l. 21 § 6 D. de act. emt. et. vend. 19,1.

zu, denn bei der Verk.-Kommiss. handelt es sich immer nur um das Prästieren der aestimatio.

Aber könnte man nicht einwenden, der Verk.-Kommiss. ist gar nicht verpflichtet, die Sache zu verkaufen, also auch nicht thätig zu sein, denn er kann ja als Selbstkontrahent eintreten? [1]) —

Vom Trödler wissen wir schon, dass er res integra vorausgesetzt, selbst die Sache käuflich zu übernehmen berechtigt ist. Er ist nur die Verpflichtung eingegangen, rem in corruptam aut aestimationem reddere". Entscheidet er sich für die Leistung der aestimatio, so wird es dem Hingeber ganz gleichgültig sein, wie der Empfänger die limitierte Summe erhalten hat, ob durch den Verkauf der Sache oder dadurch, dass er selbst die Sache übernommen hat, denn in diesem wie in jenem Falle erhält der Empfänger immer nur die aestimatio. — Anders ist die Selbstkontrahierung bei der Verk.-Kommiss. zu beurteilen. Dass die Römer bei diesem Geschäft keinen Selbsteintritt gekannt haben, müssen wir dem hierauf bezüglichen Digestentitel Mandati 17,1 entnehmen; beim contractus aestimatorius wird der Selbsteintritt ohne Zweifel zulässig gewesen sein. Zwar lässt sich diese Behauptung dem Titel D. 19,3 nicht entnehmen, aber sie geht deutlich aus der Natur des Vertrages hervor. War es doch bei der Verk.-Kommiss. die Interessencollision zwischen Hingeber und dem Empfänger der Sache, die dem Selbsteintritt hindernd in den Weg trat. Denn wenn der Verk.-Kommiss. als Selbstkontrahent eintritt, so liegt die Vermutung nahe, er habe sein Interesse dem des Auftraggebers vorgezogen. — Allem Zweifel über die Stellung des Verk.-Kommiss. als Selbstkontrahent machte

[1]) Grünhut § 43. Lepa, Die Lehre vom Selbsteintritt des Kommiss.; Schaps, Der Selbsteintritt des Kommiss. Inaug. Diss.

das A. D. H.-G.-B. durch Art. 376 Abs. 1 ein Ende. „Bei der Kommission . . . zum Verkauf von Waren, Wechseln und Wertpapieren, welche einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, ist der Kommissionär, wenn der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt hat, befugt, das Gut . . . . welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten.“ Könnte der Verkaufskommissionär, wie es dem Trödler gestattet ist, ganz unbegrenzt von diesem Rechte Gebrauch machen, so wäre der Hingeber willkürlich den Launen des Empfängers preisgegeben. — Die Pflichten des Kommissionärs bleiben, wenn er als Selbstkontrahent eintritt, bis zur Abschliessung dieselben, wie bei seiner sonstigen Verkaufsthätigkeit. — Unwillkürlich taucht hier der Gedanke auf, wird nicht dadurch, dass der Verk.-Kommiss. als Selbstkontrahent eintritt, die Mandatsnatur unseres Vertrages verletzt? Liegt denn jetzt nicht ein Kaufvertrag vor, eine emtio venditio mit Suspensivbedingung? Für den Trödelvertrag haben wir diese Frage bereits erledigt: bei der Verkaufskommission ist deshalb ein Kauf in diesem Falle nicht anzunehmen, weil der Kommissionär immer noch bis zum erfolgten Selbsteintritt das Interesse des Kommittenten hauptsächlich im Auge behalten soll, was mit dem Kaufe vollständig im Widerspruch steht; denn, wenn man etwas kauft, hat man wohl schwerlich das Interesse des Verkäufers im Auge; auch bleibt trotz des Selbsteintritts das Recht auf Provision, die Rechenschaftsablegung sowie das gesetzliche Pfandrecht für den Kommissionär bestehen; somit wird die Mandatsnatur unseres Vertrages in keiner Weise geändert.

Kommen wir nunmehr zu dem zweiten wesentlichen Unterschiede zwischen beiden Verträgen: Der Trödler handelt im eigenen Namen und für eigene Rechnung, der

Verk.-Kommiss. nur im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung. (Art. 360 H.-G.-B.) Der Trödler sucht daher einen möglichst hohen Gewinn aus dem Verkaufe der Sache zu erzielen, denn er darf ja alles, was das Limito übersteigt, in sein eigenes Vermögen bringen. Es tritt daher bei seiner ganzen Thätigkeit sein eigenes Interesse in den Vordergrund. — Auch der Verkaufskommissionär handelt im eigenen Namen. Während der Trödler aber ausserdem noch für eigene Rechnung handelt, wodurch ihm der Überschuss über den vereinbarten Preis zufällt, hat der Verk.-Kommiss. den ganzen aus der Handelsoperation bezogenen Erlös abzuliefern, denn er handelt nur für Rechnung seines Auftraggebers. Art. 372 H.-G.-B. Der Verk.-Kommiss. muss daher wie jeder, der für fremde Rechnung fremde Geschäfte führt [1]), Rechenschaft von seiner Thatigkeit ablegen, nach Art. 361, welcher aber durch Art. 376 Abs. 2 dahin modificiert wird, dass der Kommissionär, wenn er als Selbstkontrahent eingetreten ist, seine Rechenschaftsablegung nur darauf zu erstrecken hat, dass er bei Abschluss des Geschäftes den zur Zeit bestehenden Markt- oder Börsenpreis benutzt habe.

Diese Auseinandersetzung drängt uns zu der Frage, ob denn nicht der Verk.-Kommiss. auch auf eigene Rechnung handeln kann, da ihm doch auch nicht selten eine Sache mit Limitopreis übergeben wird, wenngleich für gewöhnlich zum bestmöglichen Preise verkauft werden soll? — Die aestimatio beim Trödelvertrag hat den Zweck, dem Trödler eine genaue Anweisung zu geben, wieviel er ev., wenn er die Sache nicht restituiert, als Erlös für die Sache bringen soll; die Limitierung des Preises bei der Verkaufskommission aber setzt das Minimum fest,

---

[1]) l. 56 § 4 D. mand. 17,1; p. l. 1 § 3 D. de tut. et rat. distr. 27,3.

bis zu welchem der Verk.-Kommiss. in der Preisnormierung herabgehen darf, schliesst aber nicht die Pflicht aus, wenn es im Interesse des Kommittenten möglich ist, das Limito zu überschreiten und teurer zu verkaufen, mit der kontraktmässigen Bestimmung, dass trotzdem dieser Mehrerlös dem Kommittenten, nicht dem Kommissionär zugute kommt. Wenn der Verk.-Kommiss. das Limito überschreitet, so liegt eine Verletzung des Auftrages nie vor. cf. l. 5 § 5 D. 17,1 und § 8 J. III. 26, denn wir müssen doch annehmen, falls der Kommissionär hier das Limito überschreitet, handelt er ganz in der Intention des Auftraggebers. Ist er schuldhafter Weise zum Schaden seines Auftraggebers von dem Limito abgewichen, so hat er als negotiorum gestor gehandelt nnd er kann vom Kommittenten mit der actio negotiorum directa auf Vergütung der Differenz zwischen dem erzielten und dem Minimalpreise verklagt werden. Art. 363 H.-G.-B. Kann Verk.-Kommiss. aber nachweisen, dass er nur zur Abwendung eines erheblichen Schadens unter Limito verkauft hat, so kann er sich gegen die Ansprüche des Auftraggebers mit der actio negotorium gestorum contraria wehren.

Auf Grund der vorliegenden Betrachtung können wir nunmehr auch das Rechtsverhältnis der Contrahenten untereinander und zum Dritten in seinem Unterschiede vom Trödelvertrage näher determinieren. Im Gegensatz zum Hingeber beim Trödelvertrag ist der Verkaufskommittent berechtigt, dem Kommissionär die nötigen Anweisungen zu geben, von ihm zu verlangen, sich möglichst um den Verkauf zu bemühen, jede sich bietende Gelegenheit zu benutzen, zum Vorteil seines Auftraggebers zu einem möglichst hohen Preis zu verkaufen. Er ist berechtigt, alle Vorteile aus dem Geschäfte für

sich in Anspruch zu nehmen, selbst solche, die er nicht voraussehen konnte [1]).

Der Verkaufskommissionär ist verpflichtet, für Aufbewahrung der Sachen bis zum Verkaufe in geeigneter Weise Sorge zu tragen (Art. 367 Abs. 1), auch muss er jederzeit die richtigen Handelsconjuncturen zum Vorteil seines Auftraggebers wahrnehmen. Den ganzen Erlös aus dem Verkaufe muss er abliefern [2]). Auch ist er verpflichtet, die Forderungen gegen den Dritten abzutreten [3]), welche nach Art. 368 H.-G.-B. als Forderungen des Verk. Committ. gelten, denn auf dessen Rechnung ist das Geschäft ausgeführt. Er darf sich nicht, abgesehen von der Provision, einen Vorteil aus dem Geschäft verschaffen. l. 10 § 3 D. mand. 17,1. Nach Art. 372 H.-G.-B. muss er den Auftrag im Interesse des Verk.-Committ. bona fide ausführen und allen Schaden tragen, den er selbst verschuldet hat oder durch Zufall bei Gelegenheit seiner Geschäftsthätigkeit entstanden ist, den er aber auch ohne die Ausführung des Auftrages erlitten hätte [4]). Da der Verk.-Committ. allen Vorteil aus der Sache zieht, so ist er auch verpflichtet, alle Verwendungen zu tragen Art. 371 H.-G.-B. Daher kann der Verk.-Kommiss. mit der actio mandati contraria alle seine Auslagen aus dem Geschäft verlangen. Gerade daran, dass der Empfänger der Sache seine Spesen zurückverlangt, lässt sich der Unterschied vom Trödelvertrag so recht erkennen [5]).

---

[1]) Art. 372 H.-G.-B., ferner l. 10 § 2 D. mand. 17,1: Si exfundo quem mihi emit procurator fructus consecutus est, hos quoque officio iudicis praestare eum oportet.

[2]) cf. l. 69 § 4 D. de evict. 21,2, ferner Art. 361 H.-G.-B.

[3]) l. 20 pr. D. mand. 17,1: ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihi remanere postet; cf. l. 27 § 5 D. 17,1.

[4]) cf. l. 61 § 5 D. de furt 47,2 u. l. 26. § 6, 7 D. mand.

[5]) O. A. G. Lübeck in Seuff, Arch. 11 p. 217.

Der Kommissionär bekommt seine Auslagen selbst dann ersetzt, wenn er den Auftrag nicht vollenden konnte [1]), wenn das Geschäft statt Gewinn nur Verlust gebracht hat, natürlich immer unter der Voraussetzung, dass auf Seiten des Verkaufskommissionärs keine Schuld liegt. —

Im Gegensatz zum Trödelvertrag braucht der Verk.-Kommiss. im gewöhnlichen Falle, wenn ihm keine culpa in eligendo inbetreff des Käufers zur Last gelegt werden kann, für die etwaige Insolvenz des Käufers nicht einzustehn. Gerade wie beim Trödelvertrag muss man sich hier, um eine Obligation zwischen Auctor und dem Dritten zustande zu bringen, mit Klagecessionen (Art. 368) helfen, doch mit dem wichtigen Unterschiede, dass die Abtretung der kontraktlichen Rechte des Beauftragten vom Committenten mit der actio mandati erzwungen werden kann [2]); der Trödler aber, da er sein Geschäft in jeder Beziehung selbständig und unabhängig ausführt, kann zur Klagecession in keinem Falle gezwungen werden, Er wird sich aber für gewöhnlich zur Abtretung seiner Rechte verstehen, da er sich dadurch von jeder weiteren Verpflichtung befreit.

Ein weiterer Unterschied! Der Trödler schuldet die ästimierte Summe schlechthin, er muss dafür aufkommen, auch wenn er vom Käufer nicht befriedigt ist. Der Verk.-Kommiss. schuldet den Verkaufspreis nur dann, wenn er ihn vom Käufer erhalten hat oder wenn er del credere steht, sonst nicht, wenn anzunehmen ist, er sei mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes bei der Auswahl des Käufers vorgegangen. Durch das

[1]) l. 56 § 4 D. 17,1: Sumtus bona fide factos etsi negotio finem ad hibere procurator non potuit, indicio mandati restitui necesse est.

[2]) Art. 361 H.-G.-B. Schlusssatz.

del credere Stehen übernimmt der Verk.-Kommiss. für eine höhere Provision die Garantie dafür, dass die Zahlungen des Schuldners pünktlich beim Committenten einlaufen werden.

Schon die Römer scheinen etwas ähnliches gekannt zu haben, wie aus l. 39 D. mand. 17,1 hervorgeht; man pflegte für Geld zu intercedieren: l. 6 § 7 D. 17,1.

Das Princip für die del credere Haftung finden wir in der römischen fideiiussio. Man sollte glauben, an die eigentliche Bürgschaft wäre hier gar nicht zu denken, weil zwischen Kommittent und dem dritten Kontrahenten gar keine direkte obligatorische Verbindung besteht. Aber da nach Art. 368 d. H.-G.-B. die Forderung, auch wenn sie nicht abgetreten ist, als Forderung des Kommittenten gelten soll, so kann man doch wohl die einfache Bürgschaft annehmen. Wenn man die Ansicht aufgestellt hat, die Verkaufskommission mit del credere Stehen habe die Natur des Trödelkontraktes, so fehlt hierfür jeglicher Anhaltspunkt, denn durch das del credere Stehen werden die rechtlichen Beziehungen zwischen Kommittent und Kommissionär gar nicht verändert; trotz des del credere bleibt die Verpflichtung zur Rechenschaftsablegung sowie die Herausgabe des etwaigen Mehrerlöses über Limito voll und ganz bestehen. Alle diese Momente stehen in totalem Widerspruche mit dem Trödelvertrag. — Wollte man überhaupt eine Gleichstellung beider Kontrakte vornehmen, so müsste eben der Kommissionär aufhören als Mandatar beurteilt zu werden, woraus sich als notwendige Folge ergeben würde, dass der Kommissionär auch nicht den Mehrerlös herauszugeben brauchte. Das ist aber gar nicht der Fall. [1])

[1]) Chambon, Beiträge zum Obligat. Recht p. 106.

Da bekanntlich der Trödelvertrag wie die Verkaufskommission entgeltliche Geschäfte sind, so wären noch die fundamentalen Verschiedenheiten des Gewinnes, den die in beiden Verträgen mit dem Verkaufe beauftragten Personen erhalten, näher darzulegen. —

Über den Lohn des Trödlers können wir nicht mehr im Zweifel sein. Er zieht seinen Gewinn aus dem Mehrerlös des Verkaufsobjekts. Daneben erhält er häufig noch eine merces für seine Verkaufsbemühung. — Beim Verkaufskommissionär kann der Gewinn aber nicht in dem Mehrerlös bestehen, denn wie ich gezeigt habe, ist der Verkaufskommissionär zur Herausgabe des ganzen Gewinnes aus der Sache verpflichtet. Unentgeltlich wird sich für gewöhnlich jedoch keiner um den Verkauf fremder Sachen bemühen. Der Verkaufskommissionär hat also kraft Rechtsnotwendigkeit ein Recht auf Provision aus den in seinem Gewerbebetriebe besorgten Geschäften Art. 290 H.-G.-B. Diese Provision steht ihm aber erst dann zu, wenn der Auftrag vollständig ausgeführt ist [1]) gleichgültig ist dabei, ob das Geschäft Vorteil für den Kommittenten abgeworfen hat oder nicht. Hat er sich noch so grosse Mühe um den Verkauf gegeben, kam aber das Geschäft nicht zustande, so ist die eigentliche Provision verfallen.

Der Kommissionär kann aber häufig die sog. Auslieferungsprovision verlangen, welche ihm auch zusteht, wenn er als Selbstkontrahent eingetreten ist; denn er hat hier gerade so gut das Interesse des Auftraggebers im Auge behalten müssen, als wenn er an einen Dritten verkauft hätte. — Schliesslich kommt ihm nach Recht und Billigkeit die del credere Provision zu für das Risiko,

[1]) Art. 371 Abs. 2.

welches er durch seinen Eintritt in das Schuldverhältnis des Dritten auf sich genommen hat [1]). —

Wie im Laufe dieser Abhandlung mehrfach erwähnt wurde, enthalten die neueren Gesetzbücher mehr oder minder Abweichungen vom gemeinrechtlichen sog. Trödelkontrakt.

Er ist aufgeführt im A. L. R. I, 11, § 511—526; im Österr. B.-G.-B. § 1086—1088 und im Sächs. G.-B. § 1291—1294. — Andere neuere Kodifikationen wie der Code civil und das ihm nachgebildete badische Landrecht erwähnen ihn gar nicht näher, da er im heutigen Verkehrsleben gar keine Rolle mehr spiele, meistens liege ein Komissionsgeschäft vor.

Zum Schlusse erwähne ich noch, dass sich der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich gar nicht mit dem Trödelvertrag beschäftigt hat. Die Begründung hierfür gebe ich im engen Anschluss an die Motive, Bd. II p. 517: „Im heutigen Verkehr könne man den Trödelvertrag entbehren. Es fehle an dem praktischen Bedürfnis, das Wesen und die Lehre dieses Vertrages, welche doch gänzlich differieren, zu regeln. Die Verkehrssitte habe andere Institute geschaffen, die auf dieses Rechtsverhältnis besser Anwendung finden könnten. Wollte man sich zu einer Kodifikation verstehen, so habe man ein wesentliches Gewicht auf die Präcisierung des Inhalts zu legen. Jede solche Präcisierung würde aber unfehlbar eine grosse Zahl von Fällen treffen, namentlich im Handelsverkehr, für die nach der Verkehrssitte und der regelmässigen Parteiintention besondere unter sich sehr abweichende Bestimmungen gelten. Deshalb habe die Aufstellung solcher allgemeinen Rechtsnormen praktisch nur wenig Zweck

[1]) Art. 370 Abs. 3.

und sei mit grosser Gefahr verbunden. Jeder sog. Trödelvertrag biete für seine rechtliche Erkenntnis keine grösseren Schwierigkeiten, wie manche anderen Verträge, die im Gesetzbuche nicht besonders geregelt wären."

Nach meiner Meinung weisen die Motive des Entwurfs mit Recht noch darauf hin, dass die über Auftrag, Kauf, Verkaufskommission usw. geltenden Rechtsnormen verbunden mit dem im einzelnen Fall zu ermittelnden Parteiwillen regelmässig die richtige Entscheidung an die Hand geben würden.

Da also dem Trödelvertrage die Aufnahme in das zukünftige Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich versagt wird, so dürfte er wahrscheinlich ganz aus dem Rechtsleben der Zukunft verschwinden.

Meine Universitäts-Studien begann ich S.-S. 1891 und besuchte nacheinander die Universitäten: Bonn, Berlin, München, Leipzig, Bonn. Am 15. Februar 1896 bestand ich am Königlichen Oberlandesgerichte zu Köln a. Rh. das Referendariats-Examen und am 15. April 1896 wurde ich von der hohen juristischen Fakultät der Königl. Bayrischen Friedrich Alexander-Universität zu Erlangen mit der juristischen Doktorwürde bekleidet.

Benutzte Litteratur.

1. Baron, Pandekten 8. Aufl. Leipzig 1893.
2. Becker, Zur Lehre von den Zuwendungsverträgen in Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 9 p. 232 ff. München 1867.
3. Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht II 7. Erlangen 1884.
4. Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Heidelberg 1853–60.
5. Brinz, Krit. Blätter civilistischen Inhalts Nr. 1. Erlangen 1852.
6. Buhl, Das Konditionsgeschäft im deutschen Buchhandel in Zft. H. R. 25 (N. F. 10) Stuttgart 1880.
7. Chambon, Beiträge zum Obligationenrecht Bd. I Jena 1851.
8. Cohn, Der Trödelvertrag nach gemeinem Recht. Inaug. Diss. Stettin 1890.
9. Demelius, Die Ausübung des Wahlrechts etc. in Zft. C. R. und P. 17 Bd. Giessen 1860.
10. Demelius Realcontracte im heutigen Recht im Handb. f. Dogm. III.
11. Emmerich, Ueber die Haftung des Trödlers beim periculum casus im Arch. f. C. P. 61 (N. F. 11). Tübingen und Leipzig 1878.
12. Endemann, das deutsche Handelsrecht 2. Aufl. Heidelberg 1868.
13. Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. 3. Bd.

14. Förster, Preussisches Privatrecht 2. Bd. 6. Aufl. Berlin 1892.
15. Friedrichs, Trödelvertrag und Konditionsvertrag. Inaug. Diss. Breslau 1890.
16. Gerber, System des deutschen Privatrechts. Jena 1891.
17. Glück, Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld 18 Bd.
18. Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Preuss. Rechts 12. Jahrg. Berlin 1868.
19. Grünhut, Das Recht des Kommissionshandels. Wien 1879.
20. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik etc. Leipzig 1847.
21. Koch, Das Recht der Forderungen 3. Band. Berlin 1859.
22. Ihering, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakt Nr. 1 in Jahrb. für Dogm. 3. Bd. Jena 1859.
23. Lepa, Lehre vom Selbsteintritte des Kommissionärs. Stuttgart 1883.
24. Leist, Mancipation und Eigentumstradition. Jena 1865.
25. Liebert, Beiträge zur Lehre vom contract. aestim. J. D. Berlin 1890.
26. Lipp, Beitrag zur Lehre vom Trödelkontrakt. Heidelberg 1880.
27. Merkel, der Trödelvertrag in Weiske's R. L. Leipzig 1857. (11 Bd.)
28. Merkel, Der Kommissionshandel in Weiske's R. L. (2. Bd.)
29. Motive zum Entw. eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 2. Bd.
30. Pauli libri quinque sententiarum, rec. Krueger. Berolini 1878.
31. Puchta, Pandekten 11. Aufl. rev. von Rudorff Leipzig 1872.
32. Ryk, Lehre von den Schuldverhältnissen nach gem. Recht. Berlin 1889.
33. Schaps, das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs etc. J. D. Berlin 1887.
34. Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht 3. Aufl. Leipzig 1868.
35. Treitschke, Rechtsgrundsätze v. Kommissionshandel. Leipzig 1839.
36. Unger, Realkontrakte im heutigen Recht im Jahrbuch für Dogmatik 8. Bd. Jena 1866.
37. Unterholzner, Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts etc. Leipzig 1840.

38. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Auflage. Marburg und Leipzig 1869.
39. Wächter, Das Rechtsverhältnis zwischen dem Verleger und dem Sortimentsbuchhändler etc. in Zft. f. H. R. Band 2. Erlangen 1859.
40. Weidling, das buchhändlerische Konditionsgeschäft Berlin 1885.
41. Wendt, Rechtssatz und Dogma, Theorie etc. im Handb. für Dogmatik 22. p. 299 ff. und Jahrb. f. Dogm. Bd. X. 3/5 Heft.
42. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 2. Bd. 7. Aufl. Frankfurt 1891.
43. Wohlfarth, Der Trödelvertrag. Inaug. Diss. Magdeburg 1890.
44. Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877.